Betrug durch Unterdrückung von Tatsachen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Drexler

Referendar am Landgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 29. Juni 1931.

Kallmünz

Buchdruckerei von Michael Laßleben

1931

31:299

Referent: Herr Universitätsprofessor Dr. Köhler.

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1922.

Alberti, v., Rechtswidrige Unterlassungen, 1908.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 1898.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes I., II.

Cleric, v., Betrug, verübt durch Schweigen, 1918.

Erich, Goltdammers Archiv Bd. 72 S. 321 ff. (Kreditbetrug).

Frank, Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches, 18. Aufl.

Friedsam, Der Begriff der Tatsache im § 263 des Reichsstrafgesetzbuchs, Diss. 1893.

Goldschmidt, Z.St.W. Bd. 48, S. 149 ff. (Kreditbetrug).

Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, 1852.

Grimm, Deutsches Wörterbuch.

Groß, Der Raritätenbetrug, 1901.

Gryziecki, Studien über den strafbaren Betrug, 1870.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881/1887.

Hegler, Betrug. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechtes, Bd. 7, 1907.

Heilbronner, Der Begriff „Unterdrückung wahrer Tatsachen" beim Betruge, Diss. 1898.

Hippel, v., Deutsches Strafrecht, 1930. I., II.

Honig, in der Festgabe für R. v. Frank Bd. 1, 1930 (Unterlassungsdelikt).

Hoffmann, Schweigen als Betrug, Diss. Breslau 1927.

Höpfner, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 36, S. 103 f.

Jückstock, Entstellung und Unterdrückung wahrer Tatsachen beim Betrug. Diss. Heidelberg 1909.

Kampcyk, Entstellung und Unterdrückung wahrer Tatsachen beim Betrug, Diss. Breslau 1923.

Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts, 1912.

— Treue und Glauben im Verkehr, 1893.
Köhler, Deutsches Strafrecht, 1917.
Küßner, Das Unterdrücken wahrer Tatsachen als Mittel der Verübung eines Betruges, Diss. Halle 1909.
Kugelmann, Der strafbare Betrug durch Unterlassung, Diss. Leipzig 1925.
Landsberg, Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht, 1890.
Leipziger Kommentar, herausg. v. Ebermeyer-Lobe-Rosenberg, 1929.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1921. 25. Aufl. 1927.
Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht I., II., 1836/1840.
Mayer, M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923.
Merkel, A., Kriminalistische Abhandlungen, 2 Bände, 1867.
— Betrug und Untreue in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 3, 1874, S. 750 f., Bd. 4, 1877, S. 432 f.
May, Schweigen als Betrug, Diss. Frankfurt 1921.
Nolting, Ist Betrug als Kommissivdelikt durch Unterlassung denkbar? Diss. Greifswald 1920.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch I, II.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich I., II., 1927.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1901.
Reymann, Die Handlung des Betrügers, Diss. 1908.
Rohland, v., Die strafbare Unterlassung, 1887.
Rommel, Der Betrug, 1894.
Sauer, in der Festgabe für R. v. Frank Bd. 1, 1930 (Unterlassungsdelikt).
Schimmelbusch, Die sog. Begehung durch Unterlassung, Diss. 1903.
Seifried, Vorsatz und Handlung des Betrügers, Diss. 1906.
Schwartz, E., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, 1914.

Schwarze, v., Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1884.

Stenglein, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, 1928.

Sturm, Die strafbaren Unterlassungen, 1905.

Temme, Die Lehre vom strafbaren Betruge nach preußischem Rechte, 1841.

Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, 1913.

Weigand, Deutsches Wörterbuch.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.

Zimmermann, Die Unterlassung beim Betrug, Diss. Breslau 1923.

Inhaltsverzeichnis:

Einleitung und Gedankengang. 1

I. Abschnitt:

Der Begriff „Tatsache" in § 263 RStGB. 3

§ 1. Begriff der Tatsache: Allgemeines. 4

§ 2. Der Begriff Tatsache in der Gesetzessprache. Geschichtliches. 7

§ 3. Äußere und innere Tatsachen. 8

§ 4. „Falsche" und „wahre" Tatsache. 12

II. Abschnitt:

Die Täuschungsmittel beim Betrug. 15

Ihr Verhältnis zu einander. 15

§ 5. Die Vorspiegelung von Tatsachen. 15

§ 6. Die Entstellung von Tatsachen. 17

§ 7. Die Unterdrückung von Tatsachen. 18

A. Allgemeines. 18

B. Die äußeren Erscheinungsformen der Unterdrückung. 20

III. Abschnitt:

Betrug durch Unterlassung. (Verschweigen). 25

§ 8. Schweigen = Unterlassung? 25

§ 9. Geschichtliches. 26

§ 10. Das Schweigen als Mittel der Betrugsbegehung nach geltendem Recht. 28

§ 11. Die Strafbarkeit der Unterlassung im Allgemeinen. 29

§ 12. Begriffsbestimmung der Unterlassung. 31

§ 13. Das unechte Unterlassungsdelikt. 32

§ 14. Die Kausalität der Unterlassung. 34

§ 15. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. 38

§ 16. Die Schuldhaftigkeit der Unterlassung. 41

IV. Abschnitt:

Betrug als Kommissivdelikt durch Unterlassung. — Äußerungspflichten. 44

§ 17. Anwendung der Grundsätze über das unechte Unterlassungsdelikt auf den Betrugstatbestand. 44

§ 18. Gesetzliche Aufklärungspflichten. 45

I. In zivilrechtlichen Gesetzen. 45

II. Aufklärungspflichten in strafrechtlichen Nebengesetzen. 52

III. Aufklärungspflichten im öffentlichen Recht. 54

IV. 57

§ 19. Vertragliche Aufklärungspflichten. 58

§ 20. Aufklärungspflichten aus vorangegangenem, schuldlosen, gefährdendem Handeln. 60

V. Abschnitt:

§ 21. Die Täuschungshandlung beim Betrug in den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetzbuch. 61

VI. Abschnitt:

Die Täuschungshandlung beim Betrug im ausländischen Strafrecht. 64

§ 22. Allgemeines. 64

§ 23. Die Täuschungshandlung im Strafrecht der einzelnen Länder. 65

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0065

Einleitung und Gedankengang.

Die Fassung des Betrugstatbestandes hat von jeher dem Gesetzgeber Schwierigkeiten bereitet. Auch heute noch ist der § 263 unseres Strafgesetzbuches diejenige Norm des besonderen Teils, bei deren Auslegung die meisten Meinungsverschiedenheiten entstanden sind. Zwei Fragenkomplexe sind es hier vor allem, die viel umstritten sind und noch einer restlos befriedigenden Lösung harren: die Vermögensschädigung und die Täuschungshandlung. Mit letzterer befaßt sich das vorliegender Arbeit zugrunde liegende Thema: Betrug durch Unterdrückung von Tatsachen.

Der Plan der Ausarbeitung ergab sich aus der Natur des Themas von selbst.

In einem ersten Abschnitt war zuerst der Begriff „Tatsache" festzustellen, in einem zweiten die einzelnen Täuschungsmittel beim Betrug, insbesondere der Begriff „Unterdrückung" zu entwickeln. Die Feststellung, daß der Begriff „Unterdrückung" nicht notwendig eine positive Handlung erfordert, sondern auch durch Unterlassung verwirklicht werden kann, nötigte zu einem Eingehen auf das Problem des unechten Unterlassungsdelikts (3. Abschnitt).

Freilich hätte es den Rahmen dieser Arbeit weit überschritten, eine ausführliche Erörterung dieses Problems anzustellen; es wurden deshalb lediglich die neuere Wissenschaft und Rechtsprechung auf diesem Gebiete berücksichtigt und dazu Stellung genommen.

Im vierten Abschnitt wurden die Ergebnisse der Untersuchung über das unechte Unterlassungsdelikt auf den Betrugstatbestand angewandt, insbesondere eine Zusammenstellung der aus Gesetz, Vertrag oder vorangegangenem Handeln entspringenden Äußerungspflichten vorgenommen.

Von einer besonderen geschichtlichen Darstellung des Problems glaubte der Verfasser absehen zu können, da eine solche schon

in mehreren früheren Arbeiten ausführlich enthalten[1] und außerdem für die Auslegung und das Verständnis des geltenden Rechts nicht unbedingt notwendig ist. Soweit es jedoch der Zusammenhang erforderte, wurde auf die Geschichte des Betrugsparagraphen (insbesondere im 19. Jahrhundert) in den einzelnen Abschnitten eingegangen.

Am Schlusse der Arbeit wurde die Stellungnahme des Entwurfs zum Betrug durch Unterlassung behandelt und außerdem ein Vergleich zwischen der Fassung des Betrugsparagraphen im ausländischen und im deutschen Recht, mit besonderer Berücksichtigung der Täuschungshandlung, angestellt.

1. Vergl. Heilbronner, Seite 1 ff. Jückstock, Seite 1 ff. Kampcyk, Seite 1 ff. Aus neuerer Zeit insbesondere die ausführliche Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Betrugsbegriffs von Fischer (Diss. Erlangen 1926).

Erster Abschnitt.

Der Begriff „Tatsache" in § 263 RStGB.

Der Tatbestand des Betruges fordert vor allem das Vorhandensein eines durch eine Täuschungshandlung hervorgerufenen Irrtums.

Bloße Ausnützung eines schon vorhandenen Irrtums ist noch kein Betrug; der Betrüger muß vielmehr irgendwelche Tätigkeit entwickeln, die dazu bestimmt ist die Vorstellungswelt des Gegners zu beeinflußen, „seinen Willen von der wahren, nach Maßgabe der Erkenntnis einzuschlagenden Bahn abzulenken",[1] d. h. ihn zu täuschen.[2]

Der § 263 RStGB. gebraucht den Ausdruck „täuschen"[3] nicht.[4] Er umschreibt ihn vielmehr mit den Worten: „Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen".

Das bloße Vorspiegeln, Entstellen oder Unterdrücken genügt demnach für die Irrtumserregung oder -unterhaltung nicht; sondern es müssen „Tatsachen" vorgespiegelt, entstellt oder unterdrückt werden.

Der Begriff „Tatsache" ist von großer Bedeutung für die Stellungnahme zum Betrug überhaupt. Es ist daher notwendig, zuerst diesen Begriff näher zu untersuchen, der, obwohl im täglichen Leben so oft gebraucht, schwer abzugrenzen und in der Wissenschaft nicht unbestritten geblieben ist.

1. So Leipziger Ktr., Seite 805.
2. Von dieser „Beeinflussung" des gegnerischen Willens kommt es auch, daß manche den Betrug nicht nur als Delikt gegen das Vermögen, sondern auch gegen die Freiheit (wie die Erpressung) betrachten (so Hälschner II/249, Hegler, S. 372) „Freiheit" darf allerdings dann nicht so eng verstanden werden wie in den §§ 234 ff. RStGB.
3. „Täuschung" wird in doppeltem Sinne gebraucht. Einmal versteht man darunter die dem Irrtum verursachende Handlung (so BGB. § 123). Andererseits versteht man darunter auch den Erfolg dieser Handlung, die „gelungene" Täuschung.
4. Anders der Entwurf.

§ 1.

Begriff der Tatsache: Allgemeines.

Das Wort „Tatsache" findet sich im Strafgesetzbuch an mehreren Stellen. So spricht z. B. § 131 RStGB. von „erdichteten oder entstellten", § 138 von „unwahren" Tatsachen. § 144 stellt gegenüber: falsche Tatsachen — unbegründete Angaben — andere auf Täuschung berechnete Mittel. § 271 unterscheidet: Erklärungen und Verhandlungen — Tatsachen.

Die Annahme, daß das Wort Tatsache in all diesen §§ ein und dieselbe Bedeutung haben solle, wäre eine petitio principii.[1] Eine solche Annahme ließe sich auch bei näherer Prüfung gar nicht halten.[2] Denn es ist ohne weiteres klar, daß das Wort Tatsache in § 271 in einem anderen Sinne gebraucht ist als z. B. in § 263.

§ 271 setzt „Erklärungen und Verhandlungen" in Gegensatz zu „Tatsachen". „Tatsache" im Sinn des § 271 umfaßt also nicht Erklärungen und Verhandlungen. Dagegen ist unbestreitbar, daß unter Tatsachen im Sinne des § 263 auch Erklärungen und Verhandlungen fallen können, ja sogar meistens darunter fallen werden.[3] Damit ist erwiesen, daß das Wort Tatsache im § 271 in einem anderen (engeren) Sinne gebraucht ist als im § 263. Wir können also, um für die Begriffsbestimmung des Wortes Tatsache in § 263 ein Resulat zu gewinnen, nicht im Wege der Vergleichung mit §§ 131, 144, 271 usw. vorgehen, sondern müssen uns auf allgemein sprachliche sowie auf die in § 263 selbst gegebenen Anhaltspunkte beschränken.

Betrachten wir zunächst das Wort „Tatsache" in etymologischer Beziehung.

Es ist ein aus den beiden Bestandteilen „Tat" und „Sache" zusammengesetztes Hauptwort. „Tat" (factum) ist alles, was bereits

1. so auch v. Cleric, Seite 38.
2. a. A. Jückstock, Seite 20/21. Er behauptet, daß „Tatsache" überall im StGB. die gleiche Bedeutung habe. Als Begründung führt er an, daß das Strafgesetzbuch überall da, wo es den Begriff der Tatsache habe einschränken wollen, dies durch entsprechende Zusätze kenntlich gemacht habe (z. B. § 348 „rechtlich erhebliche" Tatsachen). Wo ist aber ein solcher Zusatz im § 271 zu finden?
3. s. unten S. 8 ff.

in Erscheinung getreten, zur Wirklichkeit geworden und infolgedessen sinnlich wahrnehmbar ist. Mit „Tat" bezeichnen wir immer einen Vorgang, der sich in der Vergangenheit abgespielt hat und bereits abgeschlossen ist. Etwas Gegenwärtiges oder gar Zukünftiges können wir dagegen niemals mit dem Begriff „Tat" verbinden, weil eben in diesem Begriff das Moment der Vollendung eingeschlossen ist.

„Sache" ist ein Begriff der Gegenwart. Was in der Vergangenheit bestand, ist keine Sache mehr und ebenso ist Zukünftiges noch nicht zur Sache geworden. „Sache" ist vielmehr (im engeren Sinne) jedes sinnlich wahrnehmbares Ding[4] der Außenwelt, im weiteren Sinne alles real existierende überhaupt.

In dem aus beiden Begriffen zusammengesetzten Hauptwort „Tatsache" äußert jeder seinen besonderen Inhalt, so daß in „Tatsache" der Begriff des Vergangenen und des Gegenwärtigen zusammenfließt.

Als Ergebnis dieser allgemein sprachlichen Untersuchung gewinnen wir als vorläufige Begriffsbestimmung der Tatsache:

Tatsache ist alles, was in der Vergangenheit in Erscheinung getreten und alles, was gegenwärtig wirklich vorhanden ist.[5]

Für die Auslegung des Tatsachenbegriffs in § 263 genügt diese Definition wegen ihrer Unbestimmtheit natürlich nicht. Als praktisches Resultat gewinnen wir aus ihr nur, daß Zukünftiges niemals unter den Begriff „Tatsache" fallen kann.[6]

4. s. die Definition in BGB. § 90: Sache = körperlicher Gegenstand. In der Verkehrssprache wird freilich unter Sache auch Unkörperliches verstanden vgl. Grimm, Seite 1593 zu „Sache."
5. ähnlich: Friedsam, Seite 23, Heilbronner, Seite 6, Olshausen, Seite 1078.
6. Der Leipziger Kommentar vertritt grundsätzlich denselben Standpunkt, will aber eine Ausnahme machen, wenn er ausführt (Seite 810): „Der Ausschluß zukünftiger Ereignisse aus dem Tatsachengebiet leidet eine naturgemäße Beschränkung, wenn sich die Täuschung ihrem Sinne nach auf gegenwärtige Verhältnisse bezieht, aus denen sich zukünftige entwickeln sollen z. B. bei Vorspiegelung einer — nach menschlicher Voraussicht durch die gegenwärtigen Umstände ausgeschlossen — Zahlungsfähigkeit des Schuldners am Verfalltag." Dies ist jedoch nur eine scheinbare Ausnahme. Der Betrüger täuscht hier nicht bloß über die in der Zukunft liegende Zahlungsfähigkeit am Verfalltage, sondern er täuscht auch durch Verschweigen seiner gegenwärtigen schlechten Vermögenslage.

Eine andere Meinung vertritt Binding,[7] der damit freilich vereinzelt geblieben ist.[8]

Er definiert: „Tatsache ist alles, was gewußt werden kann, einerlei ob es der Außenwelt angehört oder eine Erfahrungstatsache des Innenlebens ist, ob es in die Vergangenheit, die Gegenwart oder die Zukunft fällt."

Als Begründung führt er an, daß es ebensowohl Tatsache sei, daß die Sonne am 21. September jeden Jahres um 6 Uhr aufgehe, wie daß die Schwangerschaft nach 9 Monaten ende. Damit stellt er die sog. Erfahrungstatsachen den „bloßen" Tatsachen gleich. Die „Tatsache", daß die Sonne am 21. IX. nächsten Jahres wieder um 6 Uhr aufgeht, ist nicht mehr als ein auf Grund der menschlichen Erfahrung gezogener Schluß. Kann nun mit Ernst behauptet werden, daß eine reine Schlußfolgerung, ein bloßer Gedanke, eine Tatsache sein soll? Wer dies bejaht, wird kaum sich etwas ausdenken können, was nicht Tatsache ist.

Das gesamte menschliche Wissen läßt sich eben in den Tatsachenbegriff nicht hineinpressen. Was man weiß und bewiesen werden kann[9] ist Tatsache; diejenigen Teile unseres Wissens aber, die nicht das Produkt sinnlicher[10] Wahrnehmung sind, sondern sich nur auf gedankliche Schlußfolgerungen, Wahrscheinlichkeitsrechnung, gründen („Erfahrungstatsachen"), sind keine Tatsachen, denn ihnen fehlt jegliche Realität.

Abgesehen von dieser Erwägung widerspricht es auch der oben dargelegten sprachlichen Bedeutung des Wortes „Tatsache", Ereignisse der Zukunft in diesen Begriff einzuordnen.

Für die Praxis hat die Frage, ob zukünftige Ereignisse unter „Tatsache" zu verstehen sind, übrigens kaum Bedeutung.[11] Die Vorspiegelung, Entstellung oder Unterdrückung etwas Zukünftigen

7. I/346.
8. Ähnlich noch Rommel, Seite 18 und Haager in GS 27/577. Überzeugende Widerlegung letzterer Ansicht bei Heilbronner, Seite 6, Kugelmann, Seite 25.
9. so v. Lilienthal, Seite 391.
10. Im weiteren Sinne zu verstehen, s. u. Seite 15. .
11. Allerdings bleiben, wenn man Zukünftiges aus dem Begriff der Tatsache ausschließt, gewisse Formen der Erbschleicherei straflos. Wer z. B. einem Kranken vorredet, er werde in die Hölle kommen, sofern er sein Vermögen der Kirche nicht vermache, spiegelt keine Tatsache vor, kann also wegen Betrugs nicht bestraft werden. s. Frank, S. 559.

schließt meistens auch die Täuschung über Vorgänge der Gegenwart in sich. Wer in betrügerischer Absicht Zahlung am 1. Januar nächsten Jahres verspricht, verschweigt nicht bloß, daß er zu diesem Zeitpunkt nicht zahlen wird, sondern auch zugleich seinen schon jetzt bestehenden Willen, an diesem Zeitpunkt nicht zahlen zu wollen.

§ 2.

Der Begriff Tatsache in der Gesetzessprache. Geschichtliches.

Den Ausdruck „Tatsache" finden wir zum ersten Male im Artikel 256 des bayerischen Strafgesetzbuches von 1813. Von dort ging er in verschiedene Partikulargesetzbücher über, darunter auch in das preußische Strafgesetzbuch.

Der in Frage kommende § 241 dieses Gesetzes ist fast wörtlich in unser heutiges Strafgesetzbuch übergegangen.[1]

Über die Bedeutung, die der preußische Gesetzgeber dem Wort „Tatsache" geben wollte, finden wir einen Anhaltspunkt bei Goltdammer:[2]

„Besonderes Gewicht hat man auf den Ausdruck „Tatsache" legen wollen, und es läßt sich nicht verkennen, daß hierin eine wesentliche Beschränkung in dem Mittel des Betrugs liegt. Denn einmal fallen hierdurch die allgemeinen täuschenden Anpreisungen aus dem Begriff hinweg — ihre Ausschließung hatte man hierbei besonders im Auge — und nur die Versicherung bestimmter, angeblich vorhandener Eigenschaften, welche, wenn sie Sachen betreffen, Gegenstand der Gewährleistung sein würden, gehören in diesem Sinne zum Betrug.

Außerdem aber wird dadurch, daß die Tatsache, ihrem Begriffe nach, nur etwas Vergangenes oder Bestehendes ist, jede aus-

1. § 241 lautet: „Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt, begeht einen Betrug."
2. Materialien II/538.

schließlich in die Zukunft fallende Täuschung, so die Erweckung falscher Vermutungen über künftige Ereignisse, von dem Begriffe ausgeschlossen."

Mit Bezugnahme auf diese Stelle haben verschiedene Autoren[3] behauptet, daß das Wort „Tatsache" in § 263 nicht in seinem gewöhnlichen Sinne, sondern enger zu verstehen sei. Diese Ansicht ist wohl unrichtig. Zunächst fehlt jeder Anhaltspunkt im Gesetze für eine solche Auslegung. Auch die zitierte Stelle bei Goltdammer ist keineswegs so aufzufassen.[4]

§ 3.

Äußere und innere Tatsachen.

Jnnerhalb des Tatsachenbegriffs pflegt man äußere und innere Tatsache zu unterscheiden. Der Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß erstere sinnlich wahrnehmbar sind, während letztere (z. B. Ansichten, Absichten, Beweggründe) sich im Jnnenleben des Menschen abspielen und „lediglich der Gedankenwelt angehören."[1]

Die Frage, ob diese sog. inneren Tatsachen unter den Tatsachenbegriff des § 263 fallen, war lange Zeit sehr umstritten. Sie ist mit der jetzt durchaus herrschenden Meinung zu bejahen.

Die Vertreter der Gegenmeinung[2] operieren meist damit, daß der menschliche Wille etwas zu schwankendes, unbestimmtes sei, als daß man ihn als Tatsache bezeichnen könne. Es ist zwar ohne weiteres zuzugeben, daß ein erklärter Wille oft schon nach kurzer Zeit nicht mehr bestehen kann; aber diese Feststellung ändert an der Tatsachenqualität des menschlichen Willens nichts. Denn in dem Augenblick, als der Wille erklärt wurde, ist er zur Tatsache ge-

3. Friedsam, Seite 43, v. Cleric, Seite 42.
4. vgl. Olshausen (10. Aufl. zu § 263 Nr. 3): „Dem Begriff Tatsache selbst wurde eine weitere Beschränkung nicht zugefügt; auch ist in keiner Weise ersichtlich, daß man beabsichtigte, ihn nach irgendeiner Richtung einzuengen; er ist vielmehr nur in Gegensatz zu dem gebracht, was eben nicht Tatsache ist, so daß deshalb der allgemeine Begriff einer Tatsache für maßgebend erachtet werden muß."
1. so Olshausen, Seite 1373.
2. Merkel in Holtzendorffs Handbuch III/753. Hälschner II/263.

worden; eine nachträgliche Änderung der Willensbildung schafft diese Tatsache nicht mehr aus der Welt.

Auch die sprachliche Ableitung des Wortes „Tatsache" spricht für eine Einbeziehung der inneren Tatsachen unter den Begriff. Es wurde schon oben (Seite 8, Anm. 1) erwähnt, daß der Ausdruck „Sache" nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht in dem engen Sinne des BGB. § 90 (= körperlicher Gegenstand) aufzufassen, sondern darunter jedes beliebige Ding, auch unkörperliches, verstanden wird. Da nun ferner nicht angenommen werden kann, daß das Wort „Sache" in Verbindung mit „Tat" einen anderen, engeren Sinn angenommen haben sollte, besteht kein Grund, innere Vorgänge im Menschen vom Begriff der Tatsache auszuschließen.

A. Was zunächst die äußeren Tatsachen betrifft, so rechnet man zu ihnen nicht bloß die Erscheinungen der Außenwelt, die mit den Sinnen wahrnehmbar sind z. B. Quantität und Qualität einer Ware, sondern auch diejenigen, die nicht ausschließlich durch die Sinne wahrgenommen, sondern erst mit Hilfe der Denktätigkeit des Menschen erkannt werden.[3]

Zu den letzteren gehört die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer Rechtsnorm, die Tragweite einer Vertragsurkunde, das Bestehen eines Rechtsverhältnisses.

Das Reichsgericht hatte z. B. folgenden Fall zu entscheiden:[4] [5]

Den Bestellern wurde ein Bestellschein vorgelegt, der in hervortretender Schrift von einer Zahlung in Höhe von 4 RM. sprach. In Wirklichkeit handelte es sich bei den 4 Mk. nur um eine Anzahlung; die eigentliche Hauptverpflichtung, nämlich die Zahlung von 32 M., war an einer nicht hervortretenden Stelle des sehr langen Textes in einem Nebensatze enthalten.

Hier bestand der Irrtum, der bei den Betrogenen erregt wurde, in der Vorspiegelung der Tatsache, daß der Vertrag nur zur Zahlung von 4 M. verpflichte; die Tatsache im Sinne des § 263

3. Diese Unterscheidung ist nicht ganz bedenkenfrei. Denn streng genommen ist jede Wahrnehmung einer Tatsache, auch z. B. die bloße Feststellung der Qualität einer Ware, mit einer gedanklichen Tätigkeit verbunden. Die gedankliche Tätigkeit ist bloß einmal einfacherer, das andere Mal schwierigerer Natur. (so auch Frank, Seite 559).
4. J. W. 1927/I/906.
5. vgl. auch LZ 1914/S. 181.

war in diesem Falle die Tragweite, der rechtliche Jnhalt des unterzeichneten Vertrages.

B. Während über die bisher behandelten sog. äußeren Tatsachen und ihre Bedeutung für den Betrugsbegriff Einigkeit besteht, ist dies anders bei den sog. inneren Tatsachen. Unter diesen versteht man, wie schon oben erwähnt, diejenigen Vorgänge, die sich nicht in der Außenwelt, sondern lediglich im Jnnern des Menschen abspielen. Hierher gehören vor allem der menschliche Wille, Überzeugungen, Absichten und u. ä.

Schwierigkeiten bereitet nun vor allem die Frage, welche Vorgänge des Jnnenlebens unter den Tatsachenbegriff fallen können. Daß nicht alle seelischen Vorgänge, wenn auch noch so unbestimmt und verschwommen, darunter zu verstehen sind, ist wohl einleuchtend. Denn dann könnte man sich kaum etwas vorstellen, was nicht unter den Begriff der Tatsache, vor allem unter den Begriff der inneren Tatsache, fallen würde. Die Verwendung des Ausrucks Tatsache in § 263 hätte dann überhaupt keinen Sinn.

Einen weiteren Anhaltspunkt dafür, daß nicht alle inneren Vorgänge unter den Tatsachenbegriff fallen können, gewinnen wir aus den Motiven.[6] Hier wird ausdrücklich, sowohl für die äußeren wie für die inneren Tatsachen das Moment der Bestimmtheit gefordert. Diese Forderung ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit, denn der Sprachgebrauch versteht unter Tatsache immer etwas bestimmtes; unbestimmtes wie z. B. Hoffnungen, Glaube, Gefühl ist gerade das Gegenteil von Tatsache.

Eine genaue begriffliche Abgrenzung zwischen Vorgängen des Jnnenlebens, die als Tatsache zu werten sind und denen, die es nicht sind, erscheint nicht möglich.

Der Leipziger Kommentar unterscheidet zwischen „Seelenstimmungen, die noch nicht zu einem festen, der Verwirklichung fähigen Ergebnis geführt haben“ und „solchen Erzeugnissen der Willens- und Gedankenwelt, die genügend ausgereift sind, um jeden Augenblick in Wirklichkeit umgesetzt zu werden, an die Außenwelt zu treten.“ Letztere sollen „innere Tatsachen“ sein. Damit ist freilich nicht viel gedient, denn der gezogene Trennungsstrich ist recht

6. Goltdammer, II, Seite 538.

undeutlich. Die Grenze zwischen den „Seelenstimmungen" einerseits und „ausgereiften" Erzeugnissen der Gedankenwelt ist eben eine durchaus flüssige.

Die Abgrenzung läßt sich lediglich rein kasuistisch durchführen. Fest steht jedenfalls, daß für den Tatsachenbegriff wegen zu großer Unbestimmtheit ausscheiden: bloßer Glaube, Hoffnungen, überhaupt alle Vorgänge des Gefühlslebens. Als innere Tatsachen kommen dagegen in Betracht: Absichten, Ziele, Beweggründe, Kenntnisse.

Vor allem die Absicht der Parteien spielt im rechtsgeschäftlichen Leben eine große Rolle; der Betrüger täuscht mit Vorliebe über die Absicht, die er mit dem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäft verfolgt. Früher war die Tatsachenqualität der Absicht nicht unbestritten.[7]

Es wurde angeführt, daß die Absicht des Betrügers nicht zu leisten u. ä. ausschließlich in die Zukunft falle und infolgedessen nicht als Tatsache betrachtet werden könne. Die Widerlegung dieser Ansicht ist einfach: die Absicht, nicht zu leisten (der fehlende animus obligandi) ist eben nicht etwas rein in die Zukunft fallendes, sondern ein schon im Moment des Vertragsschlusses fest bestehender Wille, dem ohne weiteres Tatsachenqualität zugestanden werden muß. In der neueren Wissenschaft und Praxis besteht über diese Frage kein Zweifel mehr.[8]

Werturteile können Tatsachenqualität haben. Es kommt darauf an, ob sie so bestimmt formuliert sind, daß sie einen greifbaren, der Nachprüfung zugänglichen Kern enthalten.[9] (So RG 25/183, 56/227). Letztere Entscheidung behandelt folgenden Fall:

7. Goltdammer, Seite 542, 593; Oppenhoff zu § 263 Nr., 46, Köstlin, Seite 145.
8. Allfeld, S. 472; Frank, S. 559; Olshausen S. 1374.
9. Dies gilt auch über die sog. marktschreierische Reklame. Unrichtig ist die Ansicht Kugelmann's (Seite 25 Anm. 84), der behauptet, es bestehe keine Notwendigkeit, Auswüchse der Reklame unter § 263 fallen zu lassen, da solche schon nach § 4 Unl. Wettbewerbsges. bestraft würden. Eine Bestrafung nach § 4 dieses Gesetzes schließt aber eine solche nach § 263 nicht aus (vgl. Stenglein, Seite 263). Ob Reklame nach § 4 Unl. Wettbewerbsges. und § 263 strafbar ist, hängt vom Vorsatz ab; oft wird bei der Reklame ein Betrugsvorsatz nicht gegeben sein, weil nur Kundenwerbung beabsichtigt ist.

Der Angeklagte hatte behauptet, seine Tätigkeit als Prozeßvertreter sei der eines Rechtsanwalts gleichwertig. Dieses Urteil über die eigene Leistungsfähigkeit hat das Reichsgericht nicht als Tatsache im Sinne des § 263 anerkannt, da es eine bloße Ansicht des Angeklagten, ohne Beziehung auf bestimmte, kundgegebene Umstände gewesen sei. —

Ob eine innere oder eine äußere Tatsache vorgespiegelt worden ist, ist für die Bestrafung des Täters selbstverständlich gleichgültig. Von Bedeutung ist der Unterschied jedoch für die Führung des Wahrheitsbeweises. Es wird dem Täter immer viel schwerer nachzuweisen sein, ob er diesen oder jenen Willen gehabt hat, oder ob er über eine äußere Tatsache getäuscht hat. Außerdem ist hervorzuheben, daß die Vorspiegelung bzw. Unterdrückung einer inneren Tatsache immer den dolus directus beim Täter fordert, im Gegensatz zur Täuschung über eine äußere Tatsache, die auch mit dolus eventualis geschehen kann.[10]

§ 4.

„Falsche" und „wahre" Tatsache.

Schon Heilbronner[1] weist darauf hin, daß unter Tatsache unbestrittenermaßen nur wirklich Geschehenes oder Vorhandenes verstanden werden könne. Deswegen sei es ein Pleonasmus zu „Tatsache" noch das Adjektiv „wahr" hinzuzufügen, denn es liege schon im Begriff der Tatsache, daß sie wahr sei. Dementsprechend sei auch der Ausdruck „Vorspiegelung falscher Tatsachen" sprachlich verfehlt; denn eine falsche Tatsache gebe es nicht, da Tatsachen immer etwas wirklich gegebenes seien.

Diese Auffassung wird von einer Reihe späterer Autoren bekämpft.[2] Die Fassung des Gesetzes wird von ihnen damit verteidigt, „daß man zwischen Tatsache im objektiven und Tatsache im

10. vgl. Erich in Goltd. Archiv. Bd. 72/S. 343.
1. Seite 6; so auch Groß, Seite 168 und Cleric, Seite 44.
2. Hoffmann, Seite 3; Kugelmann, Seite 27; Küssner, Seite 25; Nolting, Seite 51.

subjektiven Sinn unterscheiden müsse.“ So führt Kugelmann[3] aus: „Die Tatsache im objektiven Sinn entspricht immer der Wirklichkeit und Wahrheit, während die Tatsache im subjektiven Sinn die Form annimmt, die sie durch die ursprüngliche Äußerung einer Person erhält. Eine Vermengung beider Erscheinungsformen der Tatsache als solche mit der Tatsache in der Äußerung (!) hat zu Behauptungen geführt, die die wahre Tatsache als Pleonasmus, die falsche Tatsache als Unding bezeichnen.“

Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig, denn die Unterscheidung von Tatsache im objektiven und Tatsache im subjektiven Sinn ist nicht haltbar. Die Tatsache ist immer etwas objektives, wirkliches; was unter Tatsache im subjektiven Sinn zu verstehen sein soll, ist nicht einzusehen.

Weiterhin wurde zur Verteidigung der Fassung des Gesetzes angeführt, daß in der Verkehrssprache ähnliche Wortverbindungen vorkommen, wie z. B. „falsche Lösung“ und „unechte Urkunde.“ Daß diese unlogischen Ausdrücke in der Verkehrssprache vorkommen, ist zwar nicht zu bestreiten. Aber damit ist noch nicht die Verwendung solcher Ausdrücke im Gesetz gerechtfertigt. Denn an die Ausdrucksweise des Gesetzes, das in möglichst klarer Formulierung einen Rechtssatz aussprechen soll, ist ein strengerer Maßstab anzulegen als an die Ausdrucksweise der Umgangssprache, bei der es auf ein paar Worte zuviel oder zuwenig nicht ankommt.

Schließlich wurde auch noch geltend gemacht: Das Adjektiv „falsch“ sei bei dem Ausdruck Vorspiegelung falscher Tatsachen im attributiven Sinne gebraucht d. h. „Vorspiegelung falscher Tatsachen“ sei eine zusammengezogene Redewendung für: „etwas falsches wird als Tatsache vorgespiegelt.“ Es ist nun zwar richtig, daß der Ausdruck Vorspiegelung falscher Tatsachen nichts weiter heißt als „etwas nicht existierendes als Tatsache hinstellen.“ Um dies auszudrücken hätte es aber der Beifügung des Adjektivums „falsch“ gar nicht mehr bedurft, denn in dem Wort „vorspiegeln“ liegt bereits der Begriff der Fälschung, des Unwahren enthalten.[4]

3. Seite 27.
4. s. u. Seite 15.

Es ist demnach daran festzuhalten, daß die Fassung des Gesetzes sprachlich unrichtig ist.[5]

Es geben auch die Vertreter der Gegenmeinung zu, daß die Verwendung der Adjektiva „falsch“ und „wahr“ überflüssig war. Der Entwurf (1927, § 343) hat die an der alten Fassung des Gesetzes geübte Kritik für berechtigt anerkannt, indem er auf alle Zusätze zu dem Wort „Tatsache“ verzichtet hat. —

Aus der Feststellung, daß Vorspiegelung falscher Tatsachen nichts weiter heißt als „etwas nicht existierendes als Tatsache hinstellen“ ist zu entnehmen, daß auch unmögliches, logisch nicht denkbares als Tatsache vorgespiegelt werden kann.[6] Es spiegelt daher z. B. derjenige, der behauptet, er könne hexen, eine Tatsache im Sinne des § 263 vor.

5. vgl. zu der ganzen Frage: Streicher i. d. Zeitschrift des deutschen Sprachvereins 1924/137, 1925/177 und v. Beling ebenda.
6. So die herrschende Meinung.

Zweiter Abschnitt.

Die Täuschungsmittel beim Betrug. Jhr Verhältnis zueinander.

§ 5.

Die Vorspiegelung von Tatsachen.

Nachdem im ersten Abschnitt der Begriff der Tatsache betrachtet wurde, sollen in folgenden die drei Täuschungsmittel, nämlich das Vorspiegeln, die Entstellung und die Unterdrückung behandelt werden.

Als 1. Mittel der Betrugsbegehung bezeichnet § 263 die Vorspiegelung (falscher) Tatsachen. Sprachlich betrachtet bedeutet „Vorspiegeln:" „einem anderen ein Spiegelbild vormachen" d. h. etwas in Wirklichkeit nicht existierendes als existierend darstellen. Jn dem Worte „vorspiegeln" liegt also schon die Täuschung[1] enthalten, nicht erst in dem Hinzutreten des Adjektivums „falsch."[2]

Die Vorspiegelung kann ausdrücklich oder durch konkludente Handlung geschehen.[3]

Bestritten ist, ob auch die Unterlassung, vor allem das Schweigen unter den Begriff Vorspiegelung fallen kann. Dies ist wohl zu bejahen. Als Regel gilt für das RStGB, daß im allgemeinen jede Tätigkeit auch durch ein Unterlassen (unter gewissen Bedingungen s. u.) verwirklicht werden kann. Es ist nicht einzusehen, warum dies nicht auch für den Begriff Vorspiegeln gelten soll. Sprachliche Gründe sprechen dagegen nicht. Zwar behauptet v. Cleric,[4] daß es dem Sprachgebrauch widerstrebe das Schweigen unter den Begriff Vorspiegeln zu bringen und daß sich das Schweigen (Unter-

1. so auch v. Beling i. d. Zeitschr. d. deutschen Sprachvereins 1925/177.
2. a. A. Kugelmann, Seite 28. Zur Begründung seiner Ansicht führt er an, daß man auch das Nachahmen wahrer vorhandener Eigenschaften als Vorspiegeln bezeichne. Diese Beweisführung scheidet daran, daß „Nachahmen" etwas anderes ist als „Vorspiegeln".
3. vgl. z. B. Olshausen, S. 1375.
4. Seite 15.

lassen) „jedenfalls leichter unter den Begriff der Unterdrückung bringen lasse.“ Den Beweis für diese Behauptung bleibt er jedoch schuldig. Er läßt sich wohl auch nicht erbringen.

Denn sowohl „vorspiegeln“ wie „unterdrücken“ sind Verba, die eine Tätigkeit ausdrücken und infolgedessen zunächst beide mit einer Unterlassung an sich nichts gemein haben. Erst wenn man die oben erwähnte Terminologie des StGB. berücksichtigt, kommt man zu dem Resultat, daß beide Tatbestandsmerkmale auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden können. Ein Grund dafür, warum nur das eine und das andere nicht durch Unterlassung verwirklicht werden könne, ist nicht zu finden.[1]

Ein Beispiel für ein Vorspiegeln durch Unterlassung gibt folgender vom Reichsgericht entschiedener Fall:[6] A und B verkauften an C eine an Tuberkulose erkrankte Kuh. Auf Befragen antwortete A ausdrücklich, daß die Kuh gesund sei, während B zu dieser in seiner Gegenwart abgegebenen Erklärung schwieg.

Hier nahm das Reichsgericht bei A eine (positive) Vorspiegelung an, bei B ebenfalls eine Vorspiegelung (durch Unterlassung), da in seinem Schweigen zu der objektiv unwahren Versicherung des A und in dem Unterlassen jeglichen Widerspruchs gegen dieselbe eine stillschweigende Bestätigung der unwahren Angabe zu erblicken sei. —

Das Vorspiegeln erfordert, wie fast allgemein anerkannt,[7] nicht etwa besondere Kunstgriffe, ein besonders heimliches, arglistiges Verhalten. Es genügt vielmehr die bloße (vorsätzliche) Aufstellung einer unwahren Behauptung.

5. Ebenso Hoffmann, Seite 9, Kugelmann, Seite 30. a. A. v. Cleric, Seite 15, Leipziger Ktr., Seite 806, Olshausen, Seite 1376.
6. RG 28/189 ff.
7. a. A. Groß, Seite 162, Kohler, Seite 23, Wachenfeld, Seite 406.

§ 6.

Die Entstellung von Tatsachen.

Das zweite vom Gesetz erwähnte Täuschungsmittel ist die Entstellung von Tatsachen. Es nimmt zwischen der im vorhergehenden Paragraphen behandelten Vorspiegelung und der später zu erörtenden Unterdrückung eine Art Mittelstellung ein.

Etymologisch betrachtet bedeutet „Entstellen" soviel wie „Verunstalten",[1] aus der rechten Stelle oder Gestalt bringen,[2] falsch darstellen.

Bei der Entstellung von Tatsachen wird, nicht wie bei der Vorspiegelung Unwahres, frei Erfundenes vorgebracht, sondern an sich Wahres durch Zusätze, Weglassung wichtiger Umstände so verändert, „entstellt", daß dadurch eine Täuschung hervorgerufen wird.[3] Es braucht nicht einmal Unwahres hinzugefügt oder Wahres weggelassen werden, sondern es genügt schon, daß „die Bestandteile einer Tatsache in ein unrichtiges Verhältnis gestellt werden." (so Olshausen).

Der Begriff der Entstellung hat in der Wissenschaft zu keinerlei Kontroversen geführt; in der Praxis spielt er kaum eine Rolle, da Entstellungshandlungen regelmäßig als Vorspiegelung bzw. als Unterdrückung aufgefaßt werden. z. B.: Jemand liest einen Brief vor und läßt daraus wichtige Stellen weg, so daß das Vorgelesene einen ganz anderen Sinn bekommt als der Brief selbst hat. Hier liegt zunächst eine Entstellung vor, gleichzeitig aber auch eine Unterdrückung von Tatsachen (nämlich der nicht vorgelesenen Stellen).

1. Weigand, Seite 450.
2. Grimm, Seite 635.
3. so auch die allgemeine Meinung: Frank, Seite 561, Hegler, Seite 421, Olshausen, Seite 1377.

§ 7.

Die Unterdrückung von Tatsachen.

A. Allgemeines.

Das dritte Täuschungsmittel, die Unterdrückung von Tatsachen ist dasjenige, das am meisten zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben hat. Auch hier ist es zweckmäßig, zunächst von der allgemein sprachlichen Bedeutung des Wortes auszugehen.

„Unterdrücken" ist ein bildlicher Ausdruck. Wir verknüpfen mit ihm die Vorstellung, daß etwas, das aus seiner Umgebung herausragt, zurückgedrängt wird, so daß es nicht mehr wahrnehmbar ist. Weigand[1] bezeichnet die Unterdrückung als einen Vorgang, der darauf gerichtet ist, die Fortdauer einer Sache mit Gewalt zu verhindern. Das Moment der erforderlichen Kraftaufwendung („mit Gewalt") hat sich freilich im Laufe der sprachlichen Entwicklung abgeschwächt, so daß für die Unterdrückung nicht immer eine positive Tätigkeit erforderlich erscheint. Man verwendet den Ausdruck wohl auch zur Bezeichnung einer Tätigkeit z. B. „ein Brand wird unterdrückt"; andererseits wird aber darunter auch ein rein passives Verhalten verstanden z. B. „ein Skandal wird unterdrückt" d. h. verheimlicht, totgeschwiegen.

Das Reichsgericht hat sich in einer Entscheidung[2] mit der sprachlichen Bedeutung des Wortes „Unterdrücken" beschäftigt. Dort führt es aus:

„Unterdrücken" heißt in übertragener Bedeutung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch „die Entstehung, den Gebrauch, Fortdauer einer Sache mit Gewalt hindern", am häufigsten mit dem Nebenbegriffe, daß diese Handlung insgeheim oder ohne großes Geräusch geschehe, oder „etwas nicht aufkommen lassen, zu Boden drücken, stärker als drücken, schwächer als erdrücken". Wo das Strafgesetzbuch den Ausdruck „unterdrücken" gebraucht (§ 92/I von Urkunden oder Beweismitteln, § 169 vom Personenstand, § 263 von Tastachen, § 274 von Urkunden, § 351 von Rechnungen, Registerbüchern, § 354 von Briefen oder Paketen), ist darunter im

1. Seite 450.
2. Entscheidung vom 29. X. 1906, 39/254.

Anschluß an den allgemeinen Sprachgebrauch eine Handlung zu verstehen, durch welche man etwas, was im Rechtsleben seinen Platz einnehmen, Wert haben soll, am Aufkommen hindert, indem man es in seinem Bestand oder seinem wahren Wesen durch geeignete Mittel, wozu bei bestehender Rechtspflicht zur Offenbarung auch ein Verschweigen gehört, der Kenntnis anderer entzieht."[3]

Behauptet wird zuweilen, daß der Begriff der Unterdrückung ein heimliches Tun erfordere.[4] Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, daß ohne ein heimliches Verhalten die zu täuschenden Personen an der Benutzung der Tatsache nicht gehindert werden können. Dieser Ansicht steht zunächst schon die oben festgestellte sprachliche Bedeutung des Wortes „Unterdrückung" entgegen, die eine einengende Auslegung durch das Erfordernis der Heimlichkeit nicht gestattet (so auch das Reichsgericht 22/183 für die Unterdrückung in § 274). Abgesehen davon ist auch der zur Begründung dieser Ansicht aufgestellte Satz „daß die zu täuschenden Personen an der Benutzung der Tatsache nur gehindert werden können, wenn diese heimlich unterdrückt wird" in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. In der Regel mag freilich nur ein heimliches Tun zur Unterdrückung geeignet sein. Es lassen sich jedoch auch Beispiele denken, wo dies nicht der Fall ist. So wird mit Recht von Cleric und Kugelmann darauf hingewiesen, daß es dem weniger Intelligenten gegenüber oft keiner besonderen Heimlichkeit bedarf, um in ihm durch Unterdrückung von Tatsachen einen Irrtum zu erregen oder zu unterhalten. Dieser verdient aber ebenso den Schutz des Gesetzes wie der ihm geistig überlegene.[5]

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß eine Unterdrückung von Tatsachen dann vorliegt, wenn etwas Vorhandenes, Geschehenes dem Erkanntwerden seitens Dritter entzogen wird.[6]

3. s. a. RG 6/40, 20/332.
4. Heilbronner, Seite 18, Olshausen, Seite 1377, Schwartz, Seite 590.
5. vgl. RG in JW 1928/2235, wo die Möglichkeit des Betrugs gegenüber Schwachsinnigen bejaht wird.
6. So die herrschende Meinung.

B. Die äußeren Erscheinungsformen der Unterdrückung.

In der Beantwortung der Frage, wie die Unterdrückung in Erscheinung treten kann, stehen sich die Meinungen diagonal gegenüber.

Einerseits wird behauptet, daß ein Unterdrücken von Tatsachen nur durch eine positive Tätigkeit geschehen könne, eine Unterdrückung durch Unterlassung also undenkbar sei. Andererseits wird im direkten Widerspruch zu der ersten Ansicht behauptet, daß eine Unterdrückung nur durch eine Unterlassung begangen werden könne, also Unterdrücken dem Verschweigen gleichzusetzen sei (so von Schwarze).

Endlich wird noch die Ansicht vertreten, daß eine Unterdrückung sowohl durch eine positive Tätigkeit wie durch ein Unterlassen verwirklicht werden könne.

Vertreter der ersten Ansicht (Unterdrücken = positive Tätigkeit) ist z. B. Hälschner.[7] Er bringt vor, daß gleich wie das Vorspiegeln und die Entstellung von Tatsachen ein aktives, täuschendes Benehmen erfordere, auch die Unterdrückung der Wahrheit nur durch positive Handlungen geschehen könne. Der gewöhnliche Sprachgebrauch verlange eben für das Unterdrücken eine positive, die Erkenntnis der Wahrheit hindernde Tätigkeit.

Ähnliches führt Landsberg[8] aus. Er erkennt den Standpunkt Hälschner's an und glaubt nicht, daß der Wortlaut des § 263 berechtige, den unterlassungsweise begangenen Betrug zur Bestrafung heranzuziehen, „denn dieser enthalte keinen Hinweis auf die unterlassungsweise Gestaltung des Tatbestandes.

Ebenso verneinend sprechen sich auch Schütze,[9] Berner[10] und Rotering[11] aus.

Diesen Autoren ist entgegenzuhalten, daß die sprachliche Bedeutung des Wortes „Unterdrücken" nicht unbedingt eine positive Tätigkeit fordert.[12] Das Argument Landsberg's, daß § 263 keinen

7. Seite 259.
8. Seite 206.
9. Seite 471.
10. Seite 583.
11. G.S. 60/254. s. auch Glaser, Seite 478, Temme, Seite 43, Wächter, Seite 453.
12. s. oben Seite 18.

Hinweis auf die Verwirklichung seines Tatbestandes durch Unterlassung enthalte, ist damit zu widerlegen, daß viele Tatbestände des Strafgesetzbuchs keinen solchen Hinweis enthalten und trotzdem die Möglichkeit ihrer Verwirklichung durch Unterlassung unbestritten ist (z. B. § 211).

Zu dem gleichen Ergebnis wie die oben genannten Schriftsteller kommt Goltdammer auf anderem Wege. Er betrachtet die geschichtliche Entwicklung des Betrugsparagraphen. Sein Gedankengang ist dabei folgender: In den Entwürfen zum preußischen Strafgesetzbuch von 1833 und 1836 war neben der Erregung eines Irrtums auch die Benutzung eines solchen als strafbar erwähnt. Nun geschehe aber das Benutzen eines Irrtums „vornehmlich" durch Schweigen. Nachdem man nun in den späteren Verhandlungen das Benutzen eines Irrtums aus dem Betrugstatbestand ausdrücklich gestrichen habe, sei damit zum Ausdruck gebracht, daß der Tatbestand des Betrugs nur durch positives Handeln, nicht durch Unterlassung erfüllt werden könne. Diese letzte Schlußfolgerung geht jedoch fehl. Sie geht davon aus, daß „Benutzen" eines Irrtums = Verschweigen, Unterlassung sei. Diese Grundlage ist aber falsch. Das Benutzen eines Irrtums wird wohl in der Regel durch eine Unterlassung geschehen, es kann aber sehr wohl auch durch eine positive Tätigkeit erfolgen. Mit dieser Feststellung entfällt aber die Voraussetzung der von Goltdammer gezogenen Schlußfolgerung, so daß diese nicht mehr haltbar erscheint.

Heilbronner vertritt ebenfalls die Goltdammer'sche Argumentation mit geschichtlichen Gründen. Er mißt dabei den Motiven eine übertriebene Bedeutung bei, wenn er sagt: „Nachdem aber die Motive ein solches Erfordernis (nämlich das der äußeren Tätigkeit bei der Unterdrückung) aufstellen, darf davon nie und nimmer abgegangen werden".[13] Mit Recht bezeichnet Binding[14] diesen Standpunkt als „Gipfel des Motivenkultus". Der Wille der gesetzgebenden Körperschaft ist allein in der gesetzlichen Norm zum Ausdruck gebracht; nicht in den Motiven, die ja oft lediglich die Ansicht eines Referenten oder einer Kommission enthalten. Eine derartige Bewertung der

13. Seite 31.
14. Seite 349/Nr. 2.

Motive auf Kosten vernünftiger Gesetzesauslegung, wie sie Heilbronner vornimmt, ist also abzulehnen.[15] Sie würde praktisch zu dem Ergebnis führen, daß zwei Gesetzbücher nebeneinander existierten: das beschlossene Gesetz und der Motivenband. —

Die Autoren, die zum Tatbestandsmerkmal der Unterdrückung eine positive Tätigkeit fordern, haben nun zum Teil, um nicht zu unbefriedigenden Ergebnissen zu gelangen, ihren Standpunkt etwas modifiziert. So wird behauptet,[16] daß das „bloße" (reine) Schweigen nicht als Unterdrückung aufgefaßt werden könne; es müßten vielmehr zu dem „bloßen" Schweigen positive Handlungen hinzutreten; diese sog. „qualifizierte" Schweigen könne dann als Unterdrückung aufgefaßt werden.

Gegen diese Theorie ist folgendes einzuwenden: Angenommen, zum Schweigen müssen positive Handlungen treten, so ist zunächst festzustellen, daß diese hinzutretenden positiven Handlungen nicht selbst für sich die Täuschung hervorzurufen geeignet sein dürfen; denn dann wäre das Schweigen unerheblich, da ja schon eine positive Unterdrückung vorliegen würde. Diese positiven Handlungen scheiden also aus. Die übrig bleibenden positiven Handlungen dürfen also nicht oder nur zum Teil eine Täuschung hervorzurufen geeignet sein. Nun ist aber ein Schweigen ohne solche Handlungen gar nicht denkbar. Denn immer läuft neben dem Schweigen irgendeine Tätigkeit einher, da in irgendeiner Weise der Getäuschte und der Täuschende in Beziehung treten müssen. Demnach wäre jedes beim Betrug auftretende Schweigen qualifiziert. Daraus ergibt sich, daß die Unterscheidung zwischen „bloßem" und „qualifiziertem" Schweigen nicht durchführbar ist.[17]

Die Theorie des „bloßen" Schweigens verbunden mit dem Erfordernis des Hinzutretens positiver Handlungen zum Schweigen vertritt teilweise auch das Reichsgericht.

So heißt es in einer Entscheidung:[18]

„Das bloße passive Verhalten kann nur dann als Unterdrückung einer wahren Tatsache gelten, wenn eine Pflicht zur Mitteilung

15. vgl. Köhler, Seite 81 ff.
16. Heilbronner, Seite 32; Schwartz, Seite 590; Wächter, Seite 453.
17. so auch v. Cleric, Seite 20, Kugelmann, Seite 37.
18. Bd. 29/37.

der Tatsache bestand oder doch — beim Mangel solcher Pflicht — dem Verschweigen ein aktives auf Täuschung angelegenes Verhalten hinzutritt."

Es ist unerfindlich, warum das Reichsgericht, wenn ein aktives auf Täuschung berechnetes Verhalten (also eine positive Unterdrükkung) vorhanden ist, noch nach einem passiven Verhalten, das evtl. als Unterdrückung betrachtet werden kann, sucht. —

Andere Schriftsteller versuchen dem Problem der Unterdrükkung durch Unterlassung dadurch zu entgehen, daß sie die Unterlassung einfach beiseite schieben und an deren Stelle das sog. „konkludente Vorspiegeln" setzen. Diese Ansicht vertritt Binding.[19] Er führt aus: „Wer die Offerte zu einem Rechtsgeschäft macht, erklärt damit, die Voraussetzungen desselben seien in seiner Person und in der Sachlage vorhanden; wer ein Pfand zum Verkaufe berechtigt, wer Waren auf Kredit bestellt, erklärt Wille und Fähigkeit zur künftigen Zahlung."

Diese Theorie, die darauf hinausläuft, daß das Unterdrücken einer Tatsache immer gleich der Vorspiegelung ihres Nichtgeschehens sei, ist sehr weit verbreitet. Auch die Praxis hat sie sich zu eigen gemacht. Liest man irgendeinen Eröffnungsbeschluß über einen Betrugsfall, so kehrt darin stets die stereotype Wendung wieder „durch Vorspiegelung bzw. durch Unterdrückung wahrer Tatsachen". Eine klare Scheidung zwischen Vorspiegelung und Unterdrückung wird meist nicht gemacht.[20]

Zur Theorie des konkludenten Vorspiegelns ist zu sagen, daß wohl in vielen Fällen in der Nichtäußerung über einen Umstand ein Vorspiegeln enthalten sein kann. Denn unter gewissen Umständen kann auch eine Unterlassung dazu benutzt werden, um eine ganz bestimmte Erklärung zum Ausdruck zu bringen. Die Unterlassung (das Schweigen) nimmt dann die Form eines konkludenten Verhaltens an und bekommt dadurch einen vollkommen eindeutigen Sinn. Wenn jemand z. B. auf die ausdrückliche Frage nach einem evtl. Mangel der Ware schweigt, so gibt er damit ihre Mangelfreiheit zu erkennen oder wenn der Schaffner im Wagen fragt: „Hat

19. I/345. Ebenso Berner, Seite 583; ähnlich Frank, Seite 560. Merkel, Abhandlgn. II/151; Hegler, Seite 436.
20. s. z. B. RG 29/37.

alles Fahrscheine?", dann geben die Schweigenden zu erkennen, daß sie schon im Besitz eines Fahrscheins sind.

Diese Fälle hat Binding aber zu Unrecht verallgemeinert. Nicht immer ist nämlich die Nichtäußerung über einen Umstand gleich der Vorspiegelung seines Bestehens. Es läßt sich z. B. nicht behaupten, daß derjenige, der Waren auf Kredit bestellt, damit zugleich Wille und Fähigkeit zur künftigen Zahlung zu erkennen gibt; oder allgemeiner ausgedrückt, daß die Tatsache des erfolgten Vertragsabschlusses die Behauptung des Erfüllungswillens und der Erfüllungsmöglichkeit in sich schließt. Wenn Binding auch in diesen Fällen ein (konkludentes) Vorspiegeln annimmt, so ist dies eine bloße Fiktion, die sich vom Boden der Wirklichkeit entfernt und mit dem Wesen des Strafrechts, das Fiktionen nicht kennt, nicht vereinbar ist.[21]

Zusammenfassend ist also festzustellen:

Der Begriff „Unterdrücken" erfordert nicht notwendig eine positive Tätigkeit, sondern er kann auch ebenso wie das „Vorspiegeln" durch Unterlassen verwirklicht werden.

Die Theorien des „qualifizierten Schweigens" und des „konkludenten Vorspiegelns" sind abzulehnen.

21. so v. Cleric, Seite 21; Kugelmann, Seite 36.

Dritter Abschnitt.

Betrug durch Unterlassung. (Verschweigen).

§ 8.

Schweigen = Unterlassung?

Im zweiten Abschnitt wurde ausgeführt, daß sowohl das Tatbestandsmerkmal „Vorspiegeln" wie auch das „Unterdrücken" durch eine Unterlassung verwirklicht werden könne.

Diese Unterlassung wird meist als Schweigen in Erscheinung treten, jedoch braucht dies nicht immer der Fall zu sein. Der Begriff der Unterlassung ist ein weiterer als der des Schweigens.[1] Dies geht schon aus einer Vergleichung der Gegensätze beider Begriffe hervor. Der Gegensatz zu „Unterlassung" ist „Handlung", der zu „Schweigen" „Äußerung".[2] Ohne Zweifel ist „Äußerung" gegenüber Handlung der engere Begriff. Den Unterschied zwischen Schweigen und Unterlassung zeigt folgendes Beispiel:[3]

A in Breslau beauftragt B in Berlin, ihm dort einen bestimmten Gegenstand zum Preise von ungefähr 10 000 Mk. zu kaufen. Gleichzeitig überweist A an B diesen Betrag und teilt ihm mit, daß er auf ausdrückliche Mitteilung, zu welchem Preise B den Gegenstand gekauft habe, verzichte. Falls Geld übrig bleibe, solle B ihm dies zurückschicken. B kauft nun den Gegenstand für 8000 Mk., schickt aber die restlichen 2000 Mk. nicht an B zurück, sondern behält sie für sich.

Hier hat B zweifellos einen Irrtum des A erregt, da dieser glaubt, B habe um 10 000 Mk. gekauft. Dieser Irrtum ist hier nicht durch ein Schweigen des B erregt worden, (auf Mitteilung

1. a. A. Kugelmann, § 10.
2. Nicht etwa „reden". Wenn man Schweigen als „Nichtbekanntgabe eines Umstands" definiert, so ist eben der Gegensatz hiezu die Bekanntgabe eines Umstands. Eine solche kann aber nicht nur durch Reden, sondern auch durch sonstige Äußerungen wie z. B. Kopfnicken u. ä. geschehen.
3. Zimmermann, Seite 50.

des Preises hatte A ja verzichtet) sondern dadurch, daß B es unterließ die 2000 Mk. zurückzuschicken.

Es ist jedoch zuzugeben, daß die Unterlassung beim Betrug meist in der Form des Schweigens auftreten wird, da es selten vorkommt, daß wie im obigen Falle die Äußerungspflicht vertraglich ausgeschlossen ist.[4]

§ 9.

Geschichtliches über Betrug durch Unterdrücken.

Die Frage, ob durch Schweigen der Betrugstatbestand verwirklicht werden kann, ist eine in der Rechtswissenschaft seit langem umstrittene Frage.

Im römischen Recht begegnet uns diese Streitfrage noch nicht. In der lex Cornellia konnte sie noch nicht auftauchen, da hier der Betrug in rein kasuistischer Weise geregelt war. In der nachhadrianischen Zeit, als man die kasuistische Regelung verlassen hatte und das betrügerische Handeln mit der Strafe des stellionatus bedroht wurde (soweit es nicht nach den bisherigen Gesetzen schon strafbar war) war wohl ein positives Handeln zur Verwirklichung des Betrugstatbestands erforderlich. Für diese Ansicht sprechen die Digestenstellen I. 1 § 2 Dig. de dolo malo 4. 3. und I. 3. § 1 Dig. stellionatus 47. 20. Besonders die erstere Stelle, wo Ulpian sagt, was unter dolus beim stellionatus zu verstehen sei, läßt erkennen, daß ein positives Handeln gefordert wurde. Sie lautet:

„Dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam".

Die Verwendung des Ausdrucks „machinatio", der auch sonst beim stellionatus öfter wiederkehrt,[1] läßt wohl den Schluß zu, daß zum Betrug positive Handlungen erforderlich waren.

Auf entgegengesetztem Standpunkt steht das kanonische Recht. Getreu seinem Prinzip, Gebote der Religion und Moral zu Rechts-

4. Im folgenden wird der Einfachheit halber ein Unterschied zwischen Betrug durch Unterlassung und Betrug durch Schweigen nicht gemacht werden.

1. I 28 Cod. 6/23 „callidus machinatio"=Betrüger; I, 2 Cod 3/10; I, 3, 5 Cod. 8, 24 und I. 10 Cod 7/72.

pflichten zu erheben, sagt es:[2] „uterque reus est, et qui veritatem occultat et qui mendacium dicit".

Schon aus der Gegenüberstellung von „occultare" (= verheimlichen) und „mendacium dicere" (die Unwahrheit sagen) läßt sich schließen, daß durch Schweigen der Tatbestand des Betrugs erfüllt werden kann. Zweifelsfrei geht dies aber aus dem Nachsatz hervor: „. . . . quia et ille prodesse non vult, et iste nocere desiderat." —

Die Strafgesetzbücher des Mittelalters, insbesondere die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls des V. (Art. 111—114) und die städtischen Polizeiordnungen schweigen über diese Frage.

Erst unter den gemeinrechtlichen Juristen hat sich der Streit darüber, ob Betrug durch Unterlassung begangen werden kann, erhoben. Die Frage wird ohne weiteres bejaht von Abegg[3] und Feuerbach.[4] Mittermaier[5] verneint sie ebenso entschieden. Damhouder nimmt eine vermittelnde Stellung ein. Er läßt das Schweigen nur dann als Begehungsart des Betrugs genügen, wenn es mit einer vorausgegangenen, positiven Täuschungshandlung in Verbindung steht. —

Innerhalb der Gesetzgebung der neueren Zeit lassen sich drei Richtungen unterscheiden. Einige Strafgesetzbücher lassen den Betrugstatbestand durch negatives Verhalten, ein Verschweigen, erfüllt sein. Sie stehen also dem kanonischen Rechtsstandpunkt mit seinem Dogma des „Rechts auf Wahrheit" am nächsten.

So sagt das württembergische Strafgesetzbuch von 1839 in seinem Art. 351:

„Wer zum Nachteil der Rechte eines andern wissentlich falsche Tatsachen für wahr ausgibt oder wahre Tatsachen unterdrückt oder vorenthält."

Die Mehrzahl der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts läßt das Schweigen nur unter gewissen, gesetzlich fixierten Voraussetzungen zum Betrug genügen. Hierher gehören: Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813, Art. 256/257:

2. Cap. I. X. de crimine falsi.
3. Seite 287.
4. § 411.
5. § 412 Nr. 1 (zu Feuerbach's Lehrbuch).

„Wer . . . wahre Tatsachen unerlaubter Weise vorenthält oder unterdrückt."

Das sächsisch-altenburgische Krimminalgesetzbuch von 1838, Art. 245:

„Wer . . . wahre Tatsachen unter Verhältnissen, wo er die Wahrheit zu sagen rechtlich verpflichtet ist, verschweigt oder unterdrückt".

Das sächsische Strafgesetzbuch von 1855:

„Wer durch Täuschung . . . mittels Verheimlichung wahrer Tatsachen oder Verhältnisse, deren Angabe nach Lage der Sache mit Recht erwartet werden konnte".

Das hessische Strafgesetzbuch von 1841 Art. 391:

„Wer mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht wissentlich wahre Tatsachen vorenthält oder unterdrückt".

Eine rein positive Handlung fordert endlich das preußische Strafgesetzbuch von 1851.[6] [7]

§ 10.

Das Schweigen als Mittel der Betrugsbegehung nach geltendem Recht.

Schon oben[1] wurde festgestellt, daß die Unterlassung (Schweigen) ohne weiteres unter die Täuschungsmittel „Vorspiegeln" und „Unterdrücken" subsummiert werden kann. Diese Feststellung genügt aber noch nicht, um das Schweigen als Mittel der Betrugsbegehung zu qualifizieren. Dazu ist noch die Prüfung der Frage erforderlich, ob das Schweigen kausal im Sinne des Betrugstatbestands zu wirken vermag, d. h. ob durch Schweigen ein Irrtum erregt oder unterhalten werden kann. Im Gegensatz zum Zivilrecht, bei dem schon die Benutzung eines bestehenden Irrtums genügt und das

6. vgl. die oben angeführten Stellen bei Goltdammer.
7. anders der Entwurf zu einem preußischen Strafgesetzbuch von 1836: „Veranlassung oder Benutzung eines Irrtums." vgl. auch ALR II 20 § 1256.
1. s. oben Seite 16, 20 ff.

bloße Nichtwissen dem Irrtum gleichgestellt wird,[2] erfordert das Strafgesetzbuch ausdrücklich Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums.[3]

Was unter Erregung eines Irrtums zu verstehen ist, ist ohne weiteres klar: es ist das Erwecken falscher Vorstellungen beim Gegner. Unterhalten eines Irrtums ist die Bestärkung eines schon vorhandenen Irrtums, die auch dadurch geschehen kann, daß der Irrende gehindert wird, den Irrtum zu entdecken.[3]

Im Gegensatz zum Zivilrecht, wo die Kausalitätsfrage eine einfachere ist, weil schon Benutzen eines Irrtums genügt, ist für das Strafrecht die Frage zu stellen, ob durch Schweigen ein Irrtum erregt oder unterhalten werden kann.

Manche[4] haben aus der Tatsache, daß das Strafgesetzbuch die Benutzung eines Irrtums als Mittel der Betrugsbegehung ausdrücklich ausschließe, den Schluß gezogen, daß für die Irrtumserregung und Unterhaltung eine positive Tätigkeit erforderlich sei. Diese Auffassung wurde schon oben widerlegt.[5]

Wenn wir zu einer befriedigenden Lösung der Frage, ob durch Schweigen ein Irrtum erregt oder unterhalten werden kann, kommen wollen, so ist zunächst eine Stellungnahme zu der Frage, ob durch ein Unterlassen überhaupt ein Erfolg verwirklicht werden kann, erforderlich. Dies führt uns zum Problem des sog. unechten Unterlassungsdelikts.

§ 11.

Die Strafbarkeit der Unterlassung im Allgemeinen.

Das RStGB spricht in § 1 von Verbrechen, Vergehen und Übertretungen als mit Strafe bedrohten Handlungen. Eine am Wortlaut haftende Auslegung könnte aus der Fassung des § 1 RStGB den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber dadurch zum Ausdruck habe bringen wollen, daß ein strafrechtlicher Tatbestand

2. Oertmann I/380.
3. Benutzen und bloßes Nichtwissen genügt nicht: h. M.: Allfeld, Seite 472; Frank, Seite 563; v. Liszt, Seite 94.
3. so auch von Cleric, Seite 47.
4. s. ob. S. 20.
5. s. oben Seite 21.

nur durch ein Handeln, nicht aber durch eine Unterlassung verwirklicht werden könne. Diese Ansicht ist auch tatsächlich, freilich von nur ganz wenigen Autoren, vertreten worden.[1] Die weitaus herrschende Meinung dagegen ist sich darin einig, daß unter Handlung im Sinne des § 1 RStGB. auch die Unterlassung fällt.

Daß letztere Ansicht richtig ist, ergibt sich aus folgenden Gründen:

1. Auszugehen ist davon, daß der Gesetzgeber bei der Formulierung seiner Rechtsnormen den Wortschatz der allgemeinen Umgangssprache verwendet und nur in Ausnahmefällen aus Gründen der Zweckmäßigkeit einen Begriff der lebendigen Sprache ändert und ihm einen anderen Inhalt gibt. Daraus ergibt sich, daß das Wort „Handlung" so verstanden werden muß, wie es im täglichen Leben gebraucht wird; nicht so, wie es vielleicht in der Sprache der Philosophie gebraucht wird. Im Sinne der Logik freilich sind Handlung und Unterlassung direkte Gegensätze, deren eine die andere ausschließt. Anders aber in der Sprache des täglichen Lebens. Wenn wir z. B. das Verhalten eines Menschen, der einen anderen ertrinken läßt ohne einen Finger zu seiner Rettung zu rühren, tadeln, so pflegen wir zu sagen: seine Handlungsweise war erbärmlich, obwohl eigentlich der Betreffende im logischen Sinn nicht gehandelt, sondern etwas unterlassen hat.

2. Ein weiterer Grund dafür, daß unter Handlung im Sinne des § 1 RStGB. auch die Unterlassung zu verstehen ist, ist folgender: § 1 RStGB. bezeichnet Verbrechen, Vergehen und Übertretungen jeder Art als mit Strafe bedrohte Handlung. Jeder Straffall wird also als Handlung bezeichnet. Da nun das RStGB. auch reine Unterlassungen mit Strafe bedroht (z. B. §§ 139, 360 Ziff. 10, 329/II; vgl. auch Personenstandsgesetz §§ 17, 68), so folgt hieraus, daß „Handlung" im Sinne des § 1 RStGB. der Oberbegriff ist, unter den sowohl die positive Tätigkeit (Handlung im Sinne der Logik) wie auch die Unterlassung fällt.

3. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch aus der Fassung des § 322 RStGB. Dort wird in Abs. 1 ein reines Unterlassungsdelikt formuliert: „Wer vorsätzlich ein zur Sicherung der

1. so Loening, Seite 135. Kraus, Seite 789 ff.

Schiffahrt bestimmtes Feuerzeichen . . . nicht aufstellt, wird . . . bestraft." Im zweiten Absatz dieses § wird der Tatbestand des ersten Absatzes qualifiziert und auf das Unterlassungsdelikt des Abs. 1 Bezug genommen mit den Worten: „. . . . ist durch die Handlung verursacht worden . . .".

Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß der Gesetzgeber unter Handlung im Sinne des § 1 RStGB. auch eine Unterlassung verstanden haben will.[2] [3]

4. Endlich sei noch hingewiesen auf eine Stelle der Motive,[1] welche lautet:

„Wenn endlich § 1 nur die Handlung erwähnt, so ist dieses Wort in seiner allgemeinen Bedeutung, welche auch die Unterlassung mit umfaßt, gebraucht worden."

§ 12.

Begriffsbestimmung der Unterlassung.

„Unterlassen" bedeutet zunächst nichts weiter als Nichtstun. Im Strafrecht ist aber unter „Unterlassen" nicht jedes Nichtstun zu verstehen, sondern nur das gewollte Nichtstun. Ein Schlafender oder Bewußtloser kann eine Unterlassung im strafrechtlichen Sinne gar nicht begehen, denn es fehlt ihm jeder Wille. Ohne Wille ist aber jedes menschliche Verhalten strafrechtlich irrelevant.

Der Begriff „Unterlassen" setzt weiterhin ein zu ihm in Beziehung stehendes Objekt voraus. Dieses Objekt ist die Handlung. Demnach bedeutet Unterlassung die: „gewollte Nichtvornahme einer Handlung".

Weiterhin verbinden wir auch mit dem Begriffe „Unterlassen" ein Werturteil. Wenn wir z. B. die Wendung gebrauchen: „Er hat es unterlassen, uns Nachricht zu geben", so setzen wir zweierlei

2. Ebenso in § 329/II „Nichterfüllung" = „Handlung."
3. vgl. auch Gesetz zum Schutz der Republik vom 21. VII. 22 § 5: „Wenn die Unterlassung der Anzeige eine Tötung zur Folge gehabt hat".
4. Sten. Berichte ü. d. Verhdlgn. d. Reichstags des norddeutschen Bundes Bd. III/51.

voraus: Einmal muß der Betreffende die Möglichkeit gehabt haben, uns Nachricht zu geben; sodann durften wir erwarten, daß er uns Nachricht gab. Die oben gegebene Definition der Unterlassung erhält also eine Einschränkung durch diese zwei Momente. Demzufolge gelangen wir zu dem Ergebnis:

Unterlassung = Nichtvornahme einer erwarteten, möglichen Tätigkeit.[1] [2]

Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Erwartung der Tätigkeit nicht eine willkürliche sein darf, sondern auf einem rechtlichen Grunde beruhen muß.

§ 13.

Das unechte Unterlassungsdelikt.

Die strafbaren Handlungen werden je nach dem zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Verhalten des Täters in zwei Gruppen eingeteilt.

Auf der einen Seite stehen die sog. Kommissiv- oder Begehungsdelikte. Sie werden dadurch verwirklicht, daß der Täter eine bestimmte Tätigkeit entfaltet, durch die der vom Gesetz gemißbilligte Erfolg erzielt wird. Hierher gehört die weitaus überwiegende Zahl der Delikte des StrGB.

Den Gegensatz bilden die sog. Ommissiv- oder Unterlassungsdelikte. Hier besteht die Verwirklichung des Deliktstatbestands nicht in einer verbotswidrigen Tätigkeit, sondern in der Nichtvornahme einer gebotenen Tätigkeit (z. B. § 139 RStGB).

Den Unterschied zwischen beiden Deliktsarten kann man auch folgendermaßen formulieren: Beim Kommissivdelikt verstößt der Täter gegen eine Verbotsnorm (er tut etwas, was er nicht tun sollte).

1. ähnlich die meisten: Allfeld, Seite 105; Frank, Seite 18 ff., v. Cleric, Seite 51; Kugelmann, Seite 10; Nolting, Seite 16.
2. vgl. die Definition von Liszt's (Seite 133): Unterlassung = „willkürliche Nichthinderung des Erfolgs" (hier fehlt das Moment der Erwartung). — Landsberg: Unterlassen = dasjenige menschliche Verhalten, das nicht Tätigkeit ist (zu eng; derjenige, der anders handelt als von ihm zu erwarten ist, unterläßt auch).

Beim Ommissivdelikt verstößt er gegen eine Gebotsnorm (er tut etwas nicht, was er tun sollte).

Die Kommissivdelikte werden mit Rücksicht auf den durch die verbotswidrige Handlung herbeigeführten Erfolg auch Erfolgsdelikte genannt.

Nun gibt es aber auch Fälle, in denen ein Erfolgsdelikt durch ein rein passives Verhalten, durch eine Unterlassung verwirklicht werden kann. Man spricht dann von einem „Kommissivdelikt durch Unterlassung" oder auch von einem „unechten Unterlassungsdelikt".

Der Unterschied zwischen echtem und unechtem Unterlassungsdelikt besteht darin, daß beim echten Unterlassungsdelikt eine strafrechtliche Gebotsnorm vorhanden ist, gegen die der Täter durch seine Unterlassung verstößt. Beim unechten Unterlassungsdelikt hingegen verstößt der Täter in erster Linie gegen eine Verbotsnorm, da durch seine Unterlassung der vom Gesetz verbotene Erfolg herbeigeführt wird. Gleichzeitig übertritt aber auch der Täter des unechten Unterlassungsdelikts eine Gebotsnorm; denn damit seine Unterlassung ihn für die Begehung des Erfolgsdelikts strafrechtlich verantwortlich macht, muß sie einer Gebotsnorm zuwiderlaufen.[1] [2]

Das echte Unterlassungsdelikt wird bestraft wegen der Verletzung der Gebotsnorm, das unechte Unterlassungsdelikt dagegen wegen der Verletzung der Verbotsnorm.

Das geltende Strafrecht hat im Gegensatz zum Entwurf[3] das Begehungsdelikt durch Unterlassung in seinem allgemeinen Teile nicht geregelt. Es muß bei jedem Erfolgsdelikt einzeln geprüft werden, ob sein Tatbestand durch Unterlassung verwirklicht werden kann.

Manche Kommissivdelikte lassen sich durch eine Unterlassung überhaupt nicht verwirklichen (z. B. Meineid, Bigamie).

Für den Betrug, der ohne Zweifel zu den Kommissivdelikten

1. vgl. Frank, Seite 12.
2. Die Gebotsnorm darf nicht bloß in der Umkehrung der Verbotsnorm bestehen, denn in einer strafrechtlichen Verbotsnorm ist nicht gleichzeitig eine entsprechende Gebotsnorm enthalten. § 211 sagt wohl: „Du sollst nicht töten", nicht aber gleichzeitig: „Erhalte am Leben". Die Gebotsnorm, der die Unterlassung zuwiderläuft, muß vielmehr von der Norm des verletzten Erfolgsdelikts unabhängig sein.
3. Entwurf 1913: § 24; 1919: § 16; 1925: § 14; 1927: § 22.

gehört, wurde die Frage, ob sein Tatbestand eine Begehung durch Unterlassung gestattet, schon oben [1] in bejahendem Sinne entschieden.

§ 14.

Die Kausalität der Unterlassung.

Im vorhergehenden Paragraphen wurde als Ergebnis der Grundsatz aufgestellt, daß ein Kommissivdelikt auch durch Unterlassung begangen werden kann. Es ist nun die Frage zu prüfen, wann eine Unterlassung den Tatbestand eines Begehungsdelikts erfüllt. Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst ein Eingehen auf die Kausalität der Unterlassung im Allgemeinen notwendig.

Das Problem der Kausalität der Unterlassung ist eines der meistumstrittensten des Strafrechts. Infolge der großen Anzahl von Theorien, die über diese Frage aufgestellt worden sind, ist es im Rahmen der Arbeit nicht möglich, eine erschöpfende Stellungnahme zu jeder einzelnen vertretenen Ansicht einzunehmen. Es soll deshalb im folgenden nur ein Überblick über die hauptsächlichsten Theorien gegeben werden.[1] Die Meinungen lassen sich in zwei Hauptgruppen teilen.

I. Die eine Gruppe bejaht die Kausalität der Unterlassung in der Weise, daß sie auch beim Unterlassungsdelikt nach einem effektiven kausalen Moment sucht. Der Unterlassung kommt danach dieselbe „natürliche" Kausalität zu wie einer Handlung. Freilich sind innerhalb dieser Gruppe die Lösungsversuche recht verschieden.

1. So erklärt Luden [2] die Unterlassung für ein Andershandeln. Die Ursache des Erfolgs sei nicht die Unterlassung, sondern ein Andershandeln. Diese Theorie paßt für manche Fälle recht gut: z. B. der Bergführer orientiert den Touristen nicht darüber, daß er mit ihm an eine Gletscherspalte geraten ist (Unterlassung); er schreitet vielmehr in seiner gewöhnlichen Gangart darüber hinweg (Andershandeln), der Tourist fällt infolgedessen in die Spalte.

4. s. oben Seite 20 ff.
1. Erschöpfende Aufzählung der einzelnen Theorien z. B. bei Liszt, Seite 135.
2. I/473, II/221.

Für viele Fälle führt sie aber zu unbefriedigenden, manchmal geradezu komischen Ergebnissen. Z. B. eine Mutter stillt ihr neugeborenes Kind nicht, sondern strickt Strümpfe; das Kind stirbt. Die Ursache für den Tod des Kindes wäre dann das Strümpfestricken der Mutter!

2. Krug,[3] Glaser[4] und Merkel[5] erblicken das kausale Moment bei der Unterlassung in dem der Unterlassung vorangegangenen Tun. Gegen diese Theorie wurde mit Recht eingewandt, daß bei ihrer Anwendung gegen den Grundsatz des Strafrechts verstoßen wird, daß die Schuld im Augenblick der Willensbetätigung vorliegen muß (es gibt keine culpa subsequens im Strafrecht) z. B. in dem zu 1. angeführten Beispiel unterläßt es der Bergführer den Touristen aufmerksam zu machen. Die Ursache würde dann etwa in der vorangegangenen Übernahme der Führung des Touristen liegen. Es würden also Ursache (Übernahme der Führung) und Schuld (von der man ja erst in dem Augenblick reden kann, wo sich beide an der Spalte befinden), in der Weise zeitlich auseinanderfallen, daß die Schuld erst nach der Verursachung entsteht. Dies ist aber wie oben gesagt eine Unmöglichkeit.

3. Die von v. Buri begründete, von Binding erweiterte Theorie ist unter dem Namen „Interferenztheorie" bekannt. Das Kausale der Unterlassung liegt hier in der Vornahme eines psychischen Akts; nämlich in der Unterdrückung (Hemmung) des Willens, den Erfolg abzuwenden. So führt von Buri aus:[6]

„Der Wille den Erfolg zu hindern und die demselben adäquate Tätigkeit, welche den Erfolg zu verhindern strebt, erscheint als eine dem Eintritt desselben entgegenwirkende causa, und es muß darum die Unterdrückung dieses Willens bzw. die Verhinderung und Entstehung desselben — in einem anderen oder in sich selbst — als eine Beseitigung einer dem Erfolge entgegenwirkenden causa und somit selbst als eine Kausalität angesehen werden, welche die Haftbarkeit für den nicht abgewendeten Erfolg nach sich zieht".

Gegen diese Theorie ist einzuwenden, daß sie bei der fahr-

3. Seite 21 ff.
4. I Seite 297 ff.
5. Abhdl. I/76 ff.
6. Seite 26.

lässigen Unterlassung vollständig und bei der vorsätzlichen zum Teil versagt.[7] Denn bei der fahrlässigen Unterlassung ist eine bewußte Unterdrückung des Tätigkeitswillens nicht vorhanden, bei der vorsätzlichen Unterlassung oft schwer nachweisbar. Sie verstößt auch gegen den Grundsatz des Strafrechts, daß nur die Willensbetätigung, nicht aber ein interner Willensakt strafbar ist.[8]

4. Weitere Vertreter der Richtung, die einen Naturkausalismus der Unterlassung zu finden versucht, sind noch Kohler („Kausalität der sozialen Ordnung"), Geyer („psychische Kausalität") und Landsberg.

II. Die zweite Gruppe von Schriftstellern verneint die Kausalität der Unterlassung im Sinne einer causa efficiens. Eine Unterlassung könne im natürlichen Sinne niemals kausal werden, sondern nur im Rechtssinne. Neben die verursachende Körperbewegung (Handlung) trete die nichtverursachende Unterlassung als selbstständige Form der verbrecherischen Handlung.

1. So kommt v. Bar zu der Auffassung, daß die Kausalität der Unterlassung auf einem ethischen Urteile beruhe.[9]

2. Beling spricht von einem „Quasikausalzusammenhäng";[10] Bierling[11] von einem „analogen Verhältnis".

3. Auch Allfeld[12] ist der Ansicht, daß die Unterlassung nicht kausal im natürlichen Sinne sein könne, wenn er sagt: „Darum gilt die Unterlassung des zum Handeln Verpflichteten in der allgemeinen Anschauung als Ursache des Erfolgs, wenn sie es auch streng genommen nicht ist und in diesem Sinne will das Gesetz sie auch als Ursache gelten lassen."

4. Ähnliche Ansichten vertreten auch Finger,[13] Träger,[14] v. Liszt.[15]

5. Die Praxis der Gerichte ersetzt oft, wie v. Cleric[16] richtig bemerkt, den Naturkausalismus durch einen bloßen logischen Schluß.

7. so Träger, Seite 66.
8. vgl. v. Liszt, Seite 164.
9. II Seite 258 ff.
10. Grundzüge, Seite 32 ff.
11. Bierling, Seite 86.
12. Seite 114 ff.
13. I/290.
14. Seite 20/21.
15. Seite 113.

Z. B. „Die Unterlassung war kausal, denn falls der Unterlassende in bestimmter Richtung tätig geworden wäre, wäre der Erfolg nicht eingetreten".

III. Zu dem ganzen Problem der Kausalität der Unterlassung [17] ist zu bemerken, daß es ein aussichtsloses Bemühen ist, die Kausalität der Unterlassung gleich derjenigen der Handlung erklären zu wollen. Bei der Handlung beruht die Kausalität immer auf der Äußerung einer Kraft; es wird hier etwas bewirkt. Eine Kraftäußerung irgendwelcher Art, ein Bewirken, liegt aber bei der Unterlassung niemals vor. Trotzdem wird aber die Unterlassung sowohl im Sprachgebrauch des täglichen Lebens wie auch im Gesetz als kausal aufgefaßt, wenn durch das unterlassene Handeln der Erfolg hätte gehindert werden können und die unterlassene Handlung möglich und erwartet war.[18] Dieser anscheinende Gegensatz läßt sich dadurch überbrücken, daß Kausalität nicht im Sinne der mechanistischen Auffassung verstanden werden darf, nach der kausal bloß das Bewirken ist. Der Kausalitätsbegriff als Form unseres Erkennens umfaßt vielmehr als Oberbegriff sowohl das Bewirken wie auch das Nichthindern eines Erfolgs.[19]

Darum ist es nicht nötig wie die unter II genannten Autoren tun, die Kausalität der Unterlassung in irgendeiner Weise zu fingieren und sie als nicht gleichwertig gegenüber der Kausalität der Handlung zu behandeln.

Als Ergebnis stellen wir fest:

Die Unterlassung kann ebenso wie die Handlung kausal sein. Sie ist es, wenn die Vornahme der unterbliebenen Tätigkeit den Erfolg abgewendet hätte und die abwendende Tätigkeit von dieser Person zu erwarten war.[20]

Bei der Prüfung der Frage, ob die unterbliebene Tätigkeit den Erfolg abgewendet hätte, gelten die allgemeinen Grundsätze für die Kausalität der Handlung. Die Unterlassung muß demnach Bedin-

16. v. Cleric, Seite 53.
17. vgl. dazu Sauer in der Festgabe für R. v. Frank S. 202 ff.
18. s. oben Seite 55.
19. vgl. v. Hippel, Seite 159. Ähnlich Frank, Seite 17 ff. s. auch Kugelmann Seite 12.
20. vgl. Allfeld, Seite 116.

gung für den Eintritt des Erfolgs gewesen sein und das Bedingungsverhältnis muß adäquat sein.[21] [22]

§ 15.

Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung.

Für die Entstehung des unechten Unterlassungsdelikts ist neben der Kausalität der Unterlassung Voraussetzung auch die Rechtswidrigkeit der Unterlassung; denn die Rechtswidrigkeit ist ein allen strafrechtlichen Delikten gemeinsames Merkmal.

Rechtswidrig ist dasjenige Verhalten, das gegen eine Norm verstößt.

Bei den Kommissiv- und den reinen Ommissivdelikten ist die Frage nach der Rechtswidrigkeit eine einfachere. Bei ersteren ist das Tun schon deshalb rechtswidrig, weil es von dem Gesetz bei Strafandrohung verboten wird; bei letzteren schreibt das Gesetz ausdrücklich ein aktives Verhalten vor und erklärt das Unterlassen dieses vorgeschriebenen Tuns für rechtswidrig.

Beim unechten Unterlassungsdelikt ist dagegen die Frage nach der Rechtswidrigkeit eine wesentlich schwierigere, schon allein deshalb, weil die Rechtswidrigkeit der Unterlassung nicht im Tatbestande des durch die Unterlassung verwirklichten Delikts ausgesprochen ist. Denn eine strafrechtliche Verbotsnorm enthält nicht zugleich eine entsprechende Gebotsnorm.[1]

Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung d. h. die Pflicht zum Handeln muß deshalb in irgendwelchen anderen Normen festgelegt sein. Eine bloße moralische, sittliche Verpflichtung genügt nicht, sondern es muß eine Rechtspflicht sein. Daß es einer besonderen Rechtspflicht in jedem einzelnen Falle bedarf, ist heute allgemein anerkannt.[2] Unser heutiges Recht kennt keine allgemeine

21. so nach der in der Wissenschaft herrschenden Lehre von der „adäquaten" Verursachung.
22. s. a. Sauer a. a. O. S. 211.
1 s. oben Seite 33 Anm. 2.
2. vgl. z. B. v. Hippel, Seite 161; Kugelmann, Seite 15 ff.

Beistandspflicht.[3] [4] [5] [6] Die weitere Frage ist nun, wann eine Rechtspflicht zur Vornahme einer Handlung besteht.

1. Zunächst kann die Rechtspflicht zur Vornahme einer den verbotenen Erfolg hindernden Handlung unmittelbar auf einer gesetzlichen Norm beruhen. Eine solche Norm kann sowohl im Privatrecht wie im öffentlichen Recht enthalten sein.[7] Sie kann auch dem Gewohnheitsrecht angehören.[8] Gegen das Gewohnheitsrecht als Quelle der Tätigkeitspflicht wendet sich Kugelmann.[9] Er beruft sich dabei auf § 2 I RStGB., „der das Gewohnheitsrecht und die Analogie aus dem Strafrecht banne". Diese Auffassung ist jedoch unrichtig, da sie auf einer falschen Auslegung des § 2 RStGB. beruht. § 2 RStGB. schließt nur das strafrechtliche Gewohnheitsrecht aus; dagegen bildet die Vorschrift des § 2 RStGB. keine rechtliche Schranke für die Geltung des Gewohnheitsrechtes auf anderen Rechtsgebieten, auch wenn diese zur Ergänzung des Strafgesetzes heranzuziehen sind.[10]

2. Neben der gesetzlichen Pflicht zum Handeln kann eine solche auch freiwillig übernommen werden. Eine solche Übernahme geschieht meist durch Vertrag. Ein Kontrahent kann sich (ausdrücklich oder stillschweigend) der Gegenpartei gegenüber verpflichten, in irgendeinem Sinne tätig zu werden. Unterläßt er dann dieses Tun, so handelt er rechtspflichtwidrig.[11] Neben die vertragsmäßig übernommene Pflicht zum Handeln tritt die aus Geschäftsführung ohne Auftrag entspringende.[12] (vgl. § 677 BGB.).

3. Anders Rotering GS 34/206; Sturm, Seite 43.
4. Eine solche Beistandspflicht läßt sich auch nicht analog aus den §§ 139, 360 Ziff. 10 herleiten.
5. Auch das römische Recht fordert schon eine bestimmte Rechtspflicht. Vgl. Glaser, Seite 326 ff.
6. Vgl. auch Goltdammer's Materialien II/362 ff., 367 Anm. 2.
7. Vgl. M. E. Mayer, Seite 191 ff.; Träger, Seite 80; Landsberg, Seite 270; v. Alberti, Seite 16 ff.
8. So auch RG 58/131: „Eine für den Erfolg ursächliche Unterlassung ist nur dann rechtswidrig, wenn eine besondere Rechtspflicht zur Verhinderung nachgewiesen werden kann, sei es, daß die Verhinderung durch ein Gesetz oder durch gewohnheitsrechtliche Norm geboten ist."
9. Seite 20.
10. vgl. Olshausen zu § 2 RStGB., Seite 49.
11. H. Meinung: Allfeld, Seite 172; M. E. Mayer, Seite 191; RG 10/101, 39/398. Dagegen Binding, Normen II/571 ff. Dazu wiederum Kugelmann, Seite 17/18.
12. v. Hippel, Seite 162.

3. Die bisher behandelten Quellen der Rechtspflichtwidrigkeit genügen allein noch nicht, um alle strafbaren Unterlassungen zu erfassen. Es ist deshalb allgemein der Grundsatz aufgestellt worden, daß eine Rechtspflicht zum Handeln auch durch vorausgehende, eigene Tätigkeit begründet werden könne. Dieser Satz läßt sich freilich nicht aus einer bestehenden gesetzlichen Norm ableiten. Seine Gültigkeit haben verschiedene Schriftsteller[13] damit zu beweisen versucht, daß es der vornehmlichste Zweck der Rechtsordnung sei, vorhandene Rechtsgüter zu schützen. Deshalb sei derjenige, der durch sein Verhalten einen fremde Rechtsgüter gefährdeten Zustand geschaffen habe, schon durch diese Tatsache allein verpflichtet, durch positives Tun einen rechtsgutschädigenden Erfolg abzuwenden.[14] U. E. bedarf es einer solchen Argumentation mit der Teleologie der Rechtsordnung nicht. Eine Rechtspflicht aus vorangegangener, gefährdender Tätigkeit läßt sich vielmehr ohne weiteres aus dem Gewohnheitsrecht ableiten. Es ist eben ein gewohnheitsrechtlich feststehender Satz, daß derjenige, der eine Gefahr heraufbeschworen hat, verpflichtet ist, diese auch abzuwenden.

Voraussetzung ist selbstverständlich, daß der Betreffende zur Hinderung des Erfolges imstande ist.

Eine Rechtspflicht zur Abwendung des Erfolges kann nicht bloß aus einem aktiven, gefährdenden Handeln hervorgehen, sondern sich auch aus der Ausübung einer Tätigkeit, die die rechtlich geschützten Interessen Dritter berührt, in der Regel zwar ungefährlich ist, aber die Möglichkeit der Gefährdung von Rechtsgütern Dritter in sich schließt, ergeben. Die Ausübung einer solchen Tätigkeit begründet dann die Rechtspflicht, die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln zu treffen.[15] So sagt das Reichsgericht in einem Falle, wo es den Vermieter wegen Nichthinderung der Unzucht des Mieters wegen Kuppelei bestrafte:

„Durch die Überlassung der Mieträume hat der Vermieter eine Lage geschaffen, die nach der weiteren Entwicklung der Verhältnisse die Verübung der Unzucht begünstigt. Sein voraus-

13. v. Cleric, Seite 83; Kugelmann, Seite 18.

14. Kohler, Studien I, Seite 59: „Ein weiterer Kreis von Pflichten entsteht dadurch, daß jemand eine bestimmte Kraft entlädt, deren Entladung nur dann für die Menschheit ungefährlich ist, wenn sie, einmal entladen einer ständigen Regelung unterworfen wird; wer hier A sagt, muß auch B sagen."

gegangenes tätiges Verhalten trägt also, wenn er sich auch später lediglich untätig verhält, zur Verwirklichung des strafbaren Tatbestands bei. Um sich vor strafrechtlicher Verantwortung zu schützen, ist er gezwungen, den Ursachenverlauf zu hemmen. Er darf sich deshalb nicht untätig verhalten, sondern muß zu dem bezeichneten Zwecke tätig werden"

Zusammenfassend ist also festzustellen:

Eine Unterlassung ist rechtspflichtwidrig:

1. Wenn ein Handeln durch gesetzliche Norm geboten ist.
2. Wenn eine Tätigkeitspflicht durch Vertrag übernommen ist.
3. Wenn eine Tätigkeitspflicht in einem vorausgegangenen, schuldhaften, gefährdenden Verhalten des Täters begründet ist.

Nicht dagegen folgt eine Rechtspflicht zum Handeln aus Grundsätzen der Moral oder Ethik. Das Reichsgericht hat zwar in einer Entscheidung[16] einmal ausgesprochen: „Eine Unterlassung ist strafbar, wenn eine rechtliche oder sittliche Pflicht zur Verhinderung des Erfolges bestanden hat." Diese Ansicht ist jedoch vereinzelt geblieben und hat auch in der Wissenschaft völlige Ablehnung gefunden.[17] Das Reichsgericht hat auch in allen späteren Entscheidungen diese Stellung aufgegeben und immer klar hervorgehoben, daß die Verpflichtung zum Handeln eine rechtliche sein müsse.[18]

§ 16.

Die Schuldhaftigkeit der Unterlassung.

Zur Strafbarkeit der Unterlassung ist endlich auch noch ihre Schuldhaftigkeit notwendig. Es gibt zwei Arten der Schuld: Vorsatz und Fahrlässigkeit. Im folgenden sollen nur die vorsätzliche Unterlassung ersucht werden, da ja der Betrug, auf den das Er-

15. So auch RG 58/131: „Vielfach gehört eine solche Rechtspflicht zu einem aus einer gewissen Rechtsstellung sich ergebenden Pflichtenkreis". Vgl. auch RG 22/332, 39/397, 10/101, 17/260, 46/337.
16. 30/125. ebenso Graßhoff in LZ 1916 S. 1520.
17. Allfeld, Seite 115; Frank, Seite 19; v. Liszt, Seite 179, Träger, Seite 113
18. Vgl. RG 39/397.

gebnis der Untersuchung über das unechte Unterlassungsdelikt Anwendung finden soll, ein Delikt ist, das nur vorsätzlich begangen werden kann.

Vorsatz ist das Wissen und Wollen sämtlicher Tatbestandsmerkmale.[1] Diese beiden Voraussetzungen müssen demgemäß auch bei der Unterlassung vorliegen, falls sie vorsätzlich sein soll.

Zweifelhaft ist es, ob der Täter wissen muß, ob er gerade durch Unterlassung den Erfolg herbeigeführt hat. Diese Frage ist dann von Bedeutung, wenn der Täter glaubt, durch eine Tätigkeit den Erfolg herbeizuführen, während in Wirklichkeit eine Unterlassung seinerseits den Erfolg verursacht hat. In diesem Fall ist wohl zu sagen, daß der Vorsatz des Täters nicht die Begehung durch Unterlassung zu umfassen braucht. Zur Begründung mag ein von v. Cleric[2] gebildetes Beispiel dienen: Es verkauft jemand eine unechte Geige, die zur Vortäuschung ihrer Herkunft von Meisterhand mit einer falschen Inschrift versehen worden ist. Die Geige wird zu einem hohen Preise verkauft. Der Käufer ist aber nicht, wie der Täter glaubt, durch die falsche Inschrift getäuscht worden (er hat diese gar nicht gesehen), sondern durch das Verschweigen der Unechtheit des Instruments. Hier hat der Täter also den Vorsatz gehabt, durch positive Handlungen einen Irrtum zu erregen, während in Wirklichkeit er durch sein Unterlassen (Schweigen) den Irrtum erregt hat. Es wäre zweifellos unrichtig und jedem Rechtsgefühl widersprechend, wollte man hier den Täter straflos deshalb ausgehen lassen, weil sein Vorsatz nur die Begehung des Delikts durch Handlung und nicht durch Unterlassung umfaßt hat.

Ferner ist von Bedeutung die Frage, ob der Täter sich bewußt sein muß, daß sein Verhalten rechtswidrig ist, d. h. ob für ihn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Diese Frage ist mit der herrschenden Meinung gegen das Reichsgericht zu bejahen.[3] Freilich braucht sich der Täter nicht bewußt zu sein, gegen welche konkrete Rechtspflicht er verstößt, sondern es genügt das allgemeine Empfinden, daß er etwas unterlassen habe, wo das Recht von ihm

1. So die sog. Willenstheorie im Gegensatz zur Vorstellungstheorie. Vgl. Olshausen zu § 59 StGB.
2. Seite 208.
3. vgl. z. B. Allfeld, Seite 166; v. Beling, Seite 180.

ein Tun erwartet. Wo diese Pflicht zur Tätigkeit festgelegt ist, braucht er nicht zu wissen.[4]

Der von der Schuldlehre allgemein anerkannte Grundsatz, daß der Vorsatz im Zeitpunkt der Willensäußerung vorhanden sein muß, also ein dolus antecedens oder subsequens strafrechtlich nicht anzuerkennen ist, gilt auch beim Begehungsdelikt durch Unterlassung.

4. Allfeld, Seite 168.

Vierter Abschnitt.

Betrug als Kommissivdelikt durch Unterlassung. — Äußerungspflichten.

§ 17.

Anwendung der Grundsätze über das unechte Unterlassungsdelikt auf den Betrugstatbestand.

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt das unechte Unterlassungsdelikt im allgemeinen behandelt wurde, sollen nun die dort gewonnenen Ergebnisse auf den Betrugstatbestand angewandt werden. Daß eine solche Anwendung zulässig ist, ergibt sich aus folgenden Gründen. Der Betrug ist ein typisches Erfolgsdelikt. Er setzt sich aus folgenden tatbestandlichen Elementen zusammen: Täuschungshandlung — Irrtumserregung — Vermögensverfügung — Vermögensschädigung.[1] Es wurde bereits oben[2] ausgeführt, daß in der Regel jedes Erfolgsdelikt durch Unterlassung verwirklicht werden kann, es sei denn, daß die Eigenart des betreffenden Tatbestandes die Begehung durch Unterlassung unmöglich macht (Meineid). Beim Betrug kann jedoch ein Anhaltspunkt dafür daß die Begehung durch Unterlassung unmöglich sei, nicht gefunden werden. Die bereits vorgenommene Interpretation des Betrugstatbestands hat gezeigt, daß eine Irrtumserregung oder -unterhaltung sehr wohl durch Schweigen geschehen kann und daß sowohl der Begriff „Vorspiegeln" wie auch der Begriff „Unterdrücken" nicht eine positive Tätigkeit vorauszusetzen, sondern auch durch Unterlassung verwirklicht werden können.

Es steht also kein Hinderungsgrund entgegen, die Regeln des unechten Unterlassungsdelikts auf den Betrugstatbestand Anwendung finden zu lassen.[3] Dies führt zu folgenden Sätzen:

1. vgl. z. B. Frank, Seite 558.
2. Seite 33.
3. vgl. Allfeld, Seite 472; v. Cleric, Seite 20; Frank, Seite 561; Nolting, Seite 55; Kugelmann, Seite 38.

I. Das Schweigen kann eine Irrtumserregung oder -unterhaltung im Sinne des § 263 RStGB. verursachen.

II. Das Schweigen ist rechtspflichtwidrig:

1. Wenn in einer Rechtsnorm eine Äußerungspflicht festgelegt ist. Eine solche Rechtsnorm kann sich sowohl im Straf- wie im Zivilrecht, im öffentlichen Recht finden und auch gewohnheitsrechtlicher Natur sein.
2. Wenn es einer durch Vertrag übernommenen Äußerungspflicht widerspricht.
3. Wenn eine Äußerungspflicht durch vorausgegangenes, (schuldloses) Handeln, das die Möglichkeit der Gefährdung von Rechtsgütern Dritter in sich schließt, begründet ist.

Die genauere Ausführung dieser Sätze und ihre Anwendung an praktischen Beispielen soll in den folgenden Paragraphen vorgenommen werden.

§ 18.

Gesetzliche Aufklärungspflichten.

I. In zivilrechtlichen Gesetzen.

Die gesetzlichen Aufklärungspflichten sind über das gesamte Gebiet des Rechts zerstreut. Die meisten von ihnen sind jedoch in bestimmten Materien des Zivilrechts enthalten. Da der Betrug sich meist auf der Grundlage eines Vertrages abspielt, sind diejenigen Vorschriften die wichtigsten, die sich auf Äußerungspflichten beim Abschluß oder der Ausführung eines Vertrags beziehen.

1. Im BGB. finden sich folgende Aufklärungsvorschriften:

§§ 259, 260 (Rechnungslegung und Herausgabe von Gegenständen).

§ 402 (Auskunftspflicht des Zedenten gegenüber dem Zessionar).

Ferner ist die Vorschrift des BGB. § 444 zu erwähnen, wonach der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse die nötige

Auskunft zu erteilen. Gemäß § 445 BGB. findet diese Vorschrift auch auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung (z. B. auf den Vergleich RG. 54/167; die entgeltliche Verpfändung, den Tausch- und Werklieferungsvertrag).[1] Diese Auskunftspflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer besteht aber erst, wenn ein Vertrag bereits zustande gekommen ist, nicht schon bei den Vorverhandlungen und beim Eingehen des Vertrags. v. Cleric[2] und Nolting[3] behaupten zwar, daß die Auskunftspflicht auch schon vor Abschluß des Vertrags bestehe und begründen diese Ansicht damit, daß eine Einschränkung der Auskunftspflicht auf den bereits geschlossenen Vertrag nicht im Willen des Gesetzes stünde. Diese Meinung ist jedoch gegenüber dem klaren Wortlaut des § 444 BGB. nicht haltbar. Aus der Wendung: „Über die den verkauften Gegenstand betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben . . . .“ geht deutlich hervor, daß es sich hier um eine Pflicht ex contractu, nicht um eine Pflicht in contrahendo handelt.[4] Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht.[5]

Infolgedessen läßt sich im Falle der Verletzung einer Äußerungspflicht aus BGB. §§ 444, 445 (auch § 302) ein Betrug schwer denken. Da die Äußerungspflicht erst nach Abschluß des Rechtsgeschäftes (Kauf oder Abtretung der Forderung) besteht, vor Kaufabschluß bzw. Abtretung der Forderung aber der Verkäufer bzw. Zedent nicht verpflichtet ist, Auskunft zu erteilen, wird es meisten an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensverfügung fehlen und damit ein Betrug entfallen.

Aus § 459 BGB. läßt sich eine dem § 444 entsprechende Auskunftspflicht für Sachmängel nicht herleiten. § 459 BGB. stellt bloß eine Haftungsvorschrift auf, aus der nicht ohne weiteres eine Äußerungspflicht abgeleitet werden kann. Dies ist herrschende Meinung, die auch vom Reichsgericht vertreten wird.[6] Die Richtigkeit dieser Ansicht beweist auch die Überlegung, daß Haftung für Sach-

1. vgl. Oertmann II zu § 444 und § 445 BGB.
2. Seite 108.
3. Seite 66.
4. vgl. Oertmann a. a. O.
5. RG i. ZS 52/168.
6. RG 2/430.

mängel auch eintreten kann, wenn der Verkäufer von den Mängeln gar nichts weiß. Es wäre ein Unding, für jemand eine Äußerungspflicht festzulegen, wenn er von Mängeln überhaupt nichts weiß.[7] — Eine wichtige Auskunftspflicht bestimmt § 666 BGB., wonach der Beauftragte verpflichtet ist, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. (vgl. auch die entsprechende Bestimmung für den Geschäftsführer ohne Auftrag in § 681 BGB.). Eine Auskunftspflicht besteht demnach für den Beauftragten, während der Ausführung des Auftrags nur auf Verlangen, nach Beendigung des Auftrags (sei es durch Ausführung, Kündigung, Verzicht) muß der Beauftragte auch ohne ausdrückliches Verlangen Rechenschaft ablegen.[8] Weitere Aufklärungspflichten finden sich in §§ 713, 740 BGB. (Gesellschaft und Gemeinschaft).

Von manchen Autoren wird der § 826 BGB. herangezogen, um eine Äußerungspflicht zu begründen. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Es ist zunächst schon sehr zweifelhaft und bestritten, ob eine gegen § 826 verstoßende Handlung überhaupt rechtswidrig ist oder ob § 826 nicht bloß für an sich objektiv erlaubte Handlungen nur wegen der dabei obwaltenden illoyalen Gesinnung eine weitere Haftung begründen will.[9] Selbst wenn man aber die Rechtswidrigkeit einer gegen § 826 verstoßenden Handlung (oder Unterlassung) bejaht, würde eine auf § 826 gegründete Äußerungspflicht jeglicher festen Umgrenzung und Bestimmtheit entbehren und daher für das Strafrecht nicht brauchbar sein.[10] Dazu kommt noch, daß die Ableitung einer Äußerungspflicht aus § 826 praktisch die Aufstellung einer allgemeinen Aufklärungspflicht, ein „Recht auf Wahrheit" in neuem Gewande bedeuten würde, was der Entwicklung und dem Wesen unseres geltenden Rechts widerspricht. § 826 vermag

7. vgl. v. Cleric, Seite 111, der auch darauf hinweist, daß eine Äußerungspflicht aus § 459 BGB sich schon wegen mangelnder Bestimmtheit nicht begründen läßt, da sich oft von vorneherein nicht bestimmen läßt, welche Mängel den Wert oder die Tauglichkeit zu vermindern geeignet sind.
8. Oertmann II/1050; Enneccerus, Seite 470; Planck, Seite 415.
9. vgl. die ausführliche Darstellung dieser Frage bei Oertmann zu § 826, Seite 1406.
10. Ebenso wie eine auf § 242 gegründete Äußerungspflicht, s. u.

deshalb keine Äußerungspflichten für die Verwirklichung des Betrugstatbestands durch Unterlassung zu begründen.[11] —

Weitere Äußerungspflichten folgen aus §§ 965[12] (Anzeigepflicht des Finders), 1214 (Rechenschaftslegung des Pfandgläubigers für die gewonnenen Nutzungen), 1374 (Auskunftserteilung des Ehemanns über die Verwaltung des eingebrachten Guts), 1421 (Rechenschaftslegung des Ehemanns über die Verwaltung des eingebrachten Guts nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung), 1546, 1667, 1681 (Rechenschaftspflicht des Vaters über die Verwaltung des Kindesvermögens), 1778, 1799 (Rechenschaftslegung des Vormundes), 1839, 1891, 2003, 2005, 2012, 2027, 2028, 2057, 2228, 2362 BGB. —

Manche behaupten, daß sich eine gesetzliche Aufklärungspflicht aus den §§ 157, 242 BGB. ergebe.[13] Es ist zwar den Vertretern dieser Ansicht zuzugeben, daß Treu und Glauben nicht bloß ein moralischer Begriff ist, sondern durch BGB. § 242 zu einer Rechtsnorm erhoben worden ist. Trotzdem kann man jedoch daraus keine Äußerungspflichten herleiten. Es ist einmal zu bedenken, daß sowohl § 157 wie § 242 kein neues Recht schaffen und keine besonderen Rechte und Pflichten begründen, sondern nur eine Richtschnur dafür geben, wie schon bestehende Pflichten zu erfüllen bzw. wie unklare Vertragsabreden im Zweifel auszulegen sind (§ 157). Schon deswegen ist es bedenklich, ohne weiteres aus diesen §§ eine selbständige, vom übrigen Inhalt des Vertrags unabhängige, Äußerungspflicht abzuleiten. Neben diesen Einwand, der auf der Auslegung der genannten Paragraphen beruht, tritt auch noch ein rechtspolitisches Bedenken, das wohl ausschlaggebend ist.

§ 242 ist der Typus eines sog. „Kautschuk"-Paragraphen. Seine Anwendungsmöglichkeit hängt derart von der Lage des einzelnen Falles ab, daß man in vielen Fällen nicht vorher sagen kann, auf welchen Standpunkt sich ein Gericht bei seiner Anwendung stellen wird. Zwar hat die oberstrichterliche Rechtsprechung gewisse Richt-

11. gl. A. v. Cleric, Seite 113; Nolting, Seite 71; Kugelmann, Seite 63. a. M. Küßner, Seite 55 ff.
12. Praktisch kaum von Bedeutung, da hier regelmäßig Unterschlagung vorliegen wird.
13. Siehe besonders v. Cleric, Seite 87/88; Nolting, Seite 64.

linien für die Auslegung des § 242 festgelegt, aber diese genügen nicht, um seinen Inhalt die nötige Bestimmtheit zu verleihen. Eine gewisse Bestimmtheit ist aber für einen Rechtssatz erforderlich, wenn man von ihm strafrechtliche Wirkungen abhängig machen will. Da es an dieser im § 242 fehlt, ist seine Anwendung als Grundlage einer Äußerungspflicht abzulehnen.[14] Das Resultat der Anwendung des § 242 in der Praxis wäre eine nicht zu ertragende Ungleichheit der Rechtsprechung und eine daraus entspringende Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs.

Auch das Reichsgericht lehnt eine Äußerungspflicht aus Treu und Glauben ab.[15] Aus seiner Rechtsprechung sei angeführt das Urteil des 3. Senats,[16] worin es heißt:

„Daß der Beschwerdeführer sich eines schweren Verstoßes gegen die im Privatrecht herrschenden Grundsätze von Treu und Glauben schuldig gemacht und die guten Sitten in der gröblichsten Weise verletzt habe, vermag nach feststehender Praxis des Reichsgerichts den Begriff der Unterdrückung im Sinne des § 263 RStGB. beim Fehlen der Verletzung einer Rechtspflicht nicht zu erfüllen".

Von neueren Entscheidungen sei diejenige desselben Senats vom 13. V. 1929[17] erwähnt, wo ausgeführt wird:

„Der Angeklagte war nicht verpflichtet, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben bei den Darlehensaufnahmen seine wirtschaftliche Lage zu offenbaren".

Ferner das Urteil des 2. Senats vom 8. V. 1930 (2 D. 810/30):

„Es walten Bedenken gegen die Ansicht ob, die das angefochtene Urteil dahin kundgibt, daß der Gewerbetreibende, der Waren zum Zwecke der Weiterveräußerung kauft, wenn er beabsichtigt, den aus der Weiterveräußerung zu erzielenden Erlös zur Deckung sonstiger dringender Verbindlichkeiten zu verwenden, verpflichtet sei, diese Absicht dem Verkäufer beim Ab-

14. so auch die herrschende Meinung: Frank, Seite 561; Olshausen, Seite 1378; Hoffmann, Seite 49; Kugelmann, Seite 62; Jückstock, Seite 51; May, Seite 110.
15. Aufgegeben die entgegengesetzte Ansicht in Bd. 12/396.
16. 41/376.
17. Leipziger Zeitschrift 1929/1277.

schluß des Kaufes zu offenbaren. Ob Anstand und Sitte eine Aufklärung in der bezeichneten Richtung erfordern, erscheint unerheblich . . . .“.[18], [19]

2. Weitere Äußerungen finden sich in der ZPO. §§ 836, 840 (Auskunftspflicht des Schuldners gegenüber dem die Forderung pfändenden Gläubiger;[20] in der Ko. § 100 (Auskunftspflicht des Gemeinschuldners; im HGB. § 101 (Auskunftspflicht des Handelsmäklers), §§ 186, 191 (Gründung der AG.), 240 Abs. 1 (Anzeigepflicht der Vorstandsmitglieder, wenn der Verlust die Hälfte des Grundkapitals erreicht). Weiterhin läßt sich eine Äußerungspflicht auch aus der Strafbestimmung des § 314 Ziff. 1 HGB. entwickeln:

„Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Liquidatoren werden . . . . bestraft: wenn sie wissentlich: 1. in ihren Darstellungen, in ihren Übersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellt oder verschleiern“.

Aus der Gegenüberstellung der Ausdrücke „unwahr darstellen“ und „verschleiern“ ergibt sich, daß der Gesetzgeber hier auch das Verschweigen bestimmter Umstände strafbar machen wollte, denn sonst wäre die Hinzufügung des Ausdrucks „verschleiern“ zu dem die positive Irrtumserregung ausdrückenden Verbum „darstellen“ überflüssig gewesen.

Über das Verhältnis des § 314 HGB. zu § 263 RStGB. ist folgendes zu sagen. Von einer Konsumtion des § 263 RStGB. durch § 314 HGB. kann keine Rede sein, weil § 314 HGB. eine geringere Strafe vorsieht als § 263 RStGB., und eine geringere Bestrafung des Betrugs deshalb, weil er in einer Gesellschaft des Handelsrechts begangen ist, ungerecht wäre. Andererseits fragt es sich umgekehrt, ob die Anwendung des § 263 RStGB. die des § 314 HGB. ausschließt.[21] Dies ist zu verneinen; Idealkonkurrenz beider Vorschrif-

18. Ebenso das Urteil des 2. Senats vom 3. II. 1930 (2 D 671/29); ferner JW 1913 S. 951; Recht, Jahrbuch 1921 S. 76.
19. Gegen diese Rechtsprechung des Reichsgerichts Schorn in JW 1930/3381.
20. Beim sog. Prozeßbetrug ist negativer Betrug nicht möglich, da keine gesetzliche Aufklärungspflicht besteht. vgl. Kugelmann, Seite 49.
21. bejahend v. Cleric, Seite 115.

ten ist möglich. Diese Ansicht rechtfertigt sich damit, daß in § 314 HGB. auch Handlungen mit Strafe bedroht sind, die nicht unter den Betrugstatbestand fallen.[22]

3. Aus § 45 des Börsengesetzes vom 8. V. 1908 läßt sich eine Äußerungspflicht nicht herleiten. Darin ist bestimmt, daß diejenigen, die in einem Prospekt auf Grund dessen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, wesentliche Tatsachen fortlassen und dieselben böslich verschweigen, als Gesamtschuldner für den Schaden haften. Hier wird also nur eine zivilrechtliche Haftung für den entstandenen Schaden statuiert, nicht aber eine Äußerungspflicht. v. Cleric,[23] der der Ansicht ist, daß aus § 45 eine Äußerungspflicht abgeleitet werden kann, ist sich dieses Bedenkens wohl bewußt, glaubt sich aber darüber hinwegsetzen zu können mit der Feststellung, daß § 45 deutlich genug gefaßt sei und keiner Interpretation mehr bedürfe, um aus ihm eine Äußerungspflicht zu entnehmen. Es ist jedoch nicht einzusehen, inwiefern die fragliche Gesetzesstelle „deutlich" auf eine Äußerungspflicht hinweist, nachdem sie nur von einer Haftungspflicht spricht. Konsequenterweise hätte v. Cleric dann auch aus § 459 BGB., der auch eine Haftungspflicht begründet, eine Äußerungspflicht ableiten müssen. Dies hat er aber nicht getan, mit der richtigen Begründung, daß Haftungsvorschriften noch keine Äußerungspflichten begründen.[24]

4. Auch das Versicherungsvertragsgesetz (VVG.) vom 30. V. 1908 enthält verschiedene Bestimmungen, die eine Aufklärungspflicht begründen. So z. B. § 16 (Anzeige des Versicherten von ihm bekannten Umständen, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind); §§ 23/II, 27/II (Anzeigepflicht, wenn nach Abschluß der Versicherung Gefahrerhöhung eintritt); § 34 Abs. 1 (Auskunftspflicht bei eingetretenem Versicherungsfall).[25]

Nun hat aber das Strafgesetzbuch den Versicherungsbetrug als besonderes Delikt (§ 265 RStGB.) geregelt. Es kommt infolgedessen für die Anwendbarkeit der Aufklärungsvorschrift des VVG.

22. So Frank, Seite 575, Hegler, Seite 445.
23. Seite 107.
24. Seite 109.
25. für die Rückversicherung gelten diese Bestimmungen nicht (§ 186 VVG) vgl. hierzu Goltd. Archiv 72/321 ff.

auf den negativen Betrug darauf an, ob § 265 RStGB. den § 263 RStGB. ausschließt oder nicht. Über diese Frage besteht Streit.[26] Die Konsumtion annehmende Ansicht dürfte wohl die richtigere sein. Der Versicherungsbetrug ist nicht ein Delikt sui generis, sondern ein qualifizierter Betrug. Seine Vollendung tritt schon mit Handlungen ein, die sich im Fall des einfachen Betrugs als bloße Vorbereitungshandlungen darstellen würden (z. B. Inbrandsetzung der versicherten Sachen). Es ist nicht einzusehen, warum die nachfolgende Liquidierung der Versicherungssumme nochmals eine Strafbarkeit aus § 263 RStGB. begründen soll, nachdem schon die Vorbereitungshandlung mit einer weit über den Strafrahmen des § 263 RStGB. hinausgehenden Strafe bedroht ist.

Demgemäß kommt nach der hier vertretenen Ansicht eine praktische Verwendung der oben genannten Bestimmungen des VVG. als Aufklärungspflichten für den negativen Betrug nicht in Betracht.

II. Aufklärungspflichten in strafrechtlichen Nebengesetzen.

Auch in zahlreichen strafrechtlichen Nebengesetzen (z. B. Ges. gegen unl. Wettbewerb; Depotgesetz) sind Aufklärungsvorschriften enthalten.

Besonders wichtig sind hier die Bestimmungen des Gesetzes vom 5. VII. 1927 über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen (Lebensmittelgesetz). Dieses Gesetz trat an die Stelle des alten Gesetzes über den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 14. V. 1879. Schon letzteres hatte in seinem § 10 Ziff. 2 bestimmt, daß derjenige, der „wissentlich Nahrungs- oder Genußmittel, welche verdorben oder nachgemacht oder verfälscht sind, unter Verschweigung dieses Umstands verkauft oder unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung feilhält“ mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft wird. Damit war eine gesetzliche Aufklärungspflicht in Bezug auf die Beschaffenheit der verkauften Ware statuiert.

26. für Ausschließung: Allfeld, Seite 480; Binding, I/369; Frank zu § 265 I. Für reale Konkurrenz: Hegler, S. 444; Leipz. Ktr., S. 826; Reichsgericht 17/62; 44/254; 48/188.

Dem § 10 Ziff. 2 des Gesetzes vom 14. V. 1879 entspricht § 4 Ziff. 2 in Verbindung mit § 13 des Gesetzes v. 1927.

§ 4 Ziff. 2 lautet: „Es ist verboten, verdorbene, nachgemachte oder verfälschte Lebensmittel ohne ausreichende Kenntlichmachung anzubieten, feilzuhalten, zu verkaufen oder sonst in den Verkehr zu bringen". Die Worte „ohne ausreichende Kenntlichmachung" bedeuten sachlich genau dasselbe wie „Verschweigen dieses Umstands" im alten Gesetz.[27] Auch aus der Neufassung ist infolgedessen ohne weiteres eine gesetzliche Aufklärungspflicht zu entnehmen. Diese geht sogar noch weiter als im alten Gesetz: sie bezieht sich jetzt nicht mehr bloß auf den Verkauf, sondern auch auf jedes sonstige Inverkehrbringen.

Die Strafdrohung für Zuwiderhandlungen gegen § 4 Ziff. 2 findet sich im § 13 des Gesetzes. Daß § 13 mit § 263 RStGB. in ideale Konkurrenz treten kann, ist allgemeine Meinung.[28] Trotzdem hat das Reichsgericht in einer Entscheidung[29] ausgesprochen, daß aus § 10 Ziff. 2 des (alten) Nahrungsmittelgesetzes nicht eine Aufklärungspflicht für die Anwendbarkeit des negativen Betrugs abgeleitet werden könne. Begründet hat es seine Ansicht lediglich damit, daß in den Motiven zum Nahrungsmittelgesetz kein Anhaltspunkt dafür zu finden sei, daß der Kreis der Anwendbarkeit des § 263 durch § 10 des Nahrungsmittelgesetzes erweitert werden sollte. Diese Begründung überzeugt nicht. Man kann auch bei den anderen gesetzlichen Aufklärungspflichten behaupten, daß die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging, eine Erweiterung der Anwendbarkeit des Betrugsparagraphen zu schaffen. Trotzdem sind diese aber, auch vom Reichsgericht, dazu herangezogen worden. Außerdem bestehen gegen die Auffassung des Reichsgerichts die schon oben[30] dargelegten Bedenken gegen eine übertriebene Würdigung der Motive auf Kosten vernünftiger Gesetzesauslegung. —

Ähnliche Äußerungspflichten wie § 4 des Lebensmittelgesetzes enthalten außerdem das Reichsgesetz betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau vom 3. VI. 1900 (§§ 10, 11/I, 18/III) und das Reichs-

27. vgl. Stenglein zu § 4 Anm. 23.
28. Olshausen, Seite 1424.
29. 29/36.
30. Seite 21.

gesetz betr. den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmittel vom 15. VI. 1897 (§§ 1 I, 2 II, III, IV). Für das Verhältnis dieser Vorschriften zu § 263 RStGB. sowie für ihre Verwendbarkeit als Grundlage einer Äußerungspflicht gilt das oben zum Nahrungsmittelgesetz ausgeführte entsprechend.

III. Aufklärungspflichten im öffentlichen Recht.

1. Auch im öffentlichen Recht sind gesetzliche Aufklärungspflichten festgelegt. Ihre Anzahl ist freilich nicht so groß wie im Zivilrecht und auch ihre praktische Anwendung nicht allzu häufig.

In Oppenhoff's Rechtsprechung[31] finden wir einen Fall, wo Unterdrückung von Tatsachen wegen Verstoßes gegen eine aus öffentlichem Recht begründete Aufklärungspflicht angenommen wurde:

Ein Schulkollegium beabsichtigt, zum Bau eines Schulhauses ein Grundstück zu erwerben, 2 Mitglieder des Kollegiums machen die übrigen auf einen Bauern aufmerksam, der gegen gute Bezahlung bereit sein würde, ihnen ein Grundstück zu verkaufen. Daraufhin bietet das Schulkollegium diesem für sein Grundstück den Preis von 8800 M. Bei diesem Beschluß hierüber haben die beiden Kollegiumsmitglieder nicht mitgewirkt, sie hatten jedoch den anderen Mitgliedern verschwiegen, daß der Bauer ihnen gegenüber sich bereits bereit erklärt hatte, für 8600 M. das Grundstück zu überlassen und ihnen das herauszugeben, was er mehr dafür erhalten würde. Das Grundstück wurde für 8800 M. gekauft und die beiden erhielten von dem Bauer je 100 M. Die Täuschung lag hier nicht in der Abrede mit dem Bauer, auch noch nicht in der Aufmerksammachung des Kollegiums auf das Grundstück. Sie bestand nur in dem Verschweigen der mit dem Bauer getroffenen Abrede. Zur Offenbarung der Tatsache, daß der Bauer um 8600 M. verkaufte, waren die beiden auf Grund ihrer Stellung als Mitglieder des Kollegiums, als Inhaber eines öffentlichen Amts, verpflichtet.

2. Von praktischer Bedeutung ist vor allem die Frage, ob für die Bezieher von Arbeitslosen- oder Krisenunterstützung und für die Bezieher von Krankengeld eine Aufklärungspflicht hinsichtlich

31. Bd. 19/248.

der Umstände besteht, die den Fortbezug der in Frage kommenden Unterstützung ausschließen. Infolge der zahlreichen Änderungen und Neufassungen, die die in Betracht kommenden Gesetze seit Kriegsende erhalten haben, ist die Frage nicht einheitlich zu beantworten.

Das bayer. Oberst.Ldg.[32] hat entschieden, daß die Bezieher der Erwerbslosenunterstützung nach der Reichsverordnung über Erwerbslosenfürsorge vom 26. 1. 1920 verpflichtet waren, Auskunft darüber zu geben, ob sie während der Zeit des Unterstützungsbezuges Einkünfte anderer Art hatten.[33] Aus der Verordnung vom 16. II. 1924 über Erwerbslosenfürsorge war eine Äußerungspflicht dagegen nicht zu entnehmen; eine Anzeigepflicht bestand hier nur für den Arbeitgeber.[34] In § 176 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 22. VII. 1927 heißt es aber wieder ausdrücklich: „Wer Arbeitslosenunterstützung empfängt, ist ohne Aufforderung verpflichtet, unverzüglich dem Arbeitsamt anzuzeigen, 1. wenn er aus seiner früheren Beschäftigung eine Abfindung oder Entgelt erhält . . .“ Hier ist also die Äußerungspflicht in klaren Worten festgelegt. Eine Verurteilung dejenigen, der seine Nebeneinkünfte verschweigt und Unterstützung fortbezieht, ist also durchaus möglich.[35]

Entsprechendes gilt auch für die Krisenfürsorge.[36] § 4 der Verordnung über die Krisenfürsorge vom 11. X. 1930 lautet (Abs. 3): „Der Arbeitslose ist verpflichtet, jede Änderung des eigenen Einkommens oder des seiner Angehörigen ohne besondere Aufforderung anzuzeigen. Unterläßt er dies, so hat er etwa zuviel bezahlte Unterstützungsbeträge zurückzuerstatten.“ — Man könnte hier die Frage aufwerfen, ob der Nachsatz: „Unterläßt er dies . . . . usw.“ nicht dahin auszulegen ist, daß die Nichtanzeige nur die Pflicht zur Rück-

32. Leipziger Zeitschrift 1921/385.
33. Die Entscheidung des gleichen Gerichts vom 10. V. 1921 (LZ 1921/463) verneint allerdings eine solche Auskunftspflicht. Dies erklärt sich aber daraus, daß zu dieser Zeit die bay. Ausführungsverordnung vom 5. II. 1920 in Geltung war, in deren § 29 Abs. 1 ausdrücklich festgelegt war, daß der Versicherte nur auf Anfrage Auskunft zu geben hatte.
34. vgl. Kammergericht in JW 1929/1497.
35. vgl. auch RG 53/272 u. OLG Hamburg in LZ 1929/861; ferner Kammergericht in J. W. 1931/1252 (für die Krankenkasse).
36. vgl. R. G. in DJZ. 1931/710; bay. Oberst. Ldg. in JW. 1931/1248.

zahlung der zu Unrecht erhaltenen Beiträge bewirkt, darüber hinausgehend aber keine sonstigen, insbesondere strafrechtlichen Folgen zeitigen kann. Mit anderen Worten: „Ist durch die Rückzahlung der rechtswidrig erhaltenen Beträge die Verletzung der Anzeigepflicht „abgegolten"?

Für die Bejahung dieser Frage spricht an sich der Wortlaut des Gesetzes. Es wäre nicht nötig gewesen, ausdrücklich die Rückzahlungspflicht im Gesetz festzulegen, denn diese wäre ja schon nach bürgerlichem Recht begründet (BGB. §§ 812, 826). Trotzdem muß die Frage wohl verneint werden. Wenn die Verletzung einer Aufklärungspflicht zunächst zivilrechtliche Folgen nach sich zieht, so ist damit nicht gesagt, daß nicht darüber hinausgehend strafrechtliche Folgen eintreten können. Eine andere Auffassung würde auch für die Empfänger von Arbeitslosenunterstützung im Verhältnis zu den Krisenunterstützungsempfängern eine Ungerechtigkeit bedeuten. Denn im Gesetz über Arbeitslosenversicherung fehlt eine dem § 4 III Satz 2 der VO. ü. Krisenfürs. entsprechende Bestimmung. Die Folge wäre dann, daß der Empfänger von Arbeitslosenunterstützung, der Nebeneinkünfte verschweigt, wegen Betrugs bestraft wird, während der Krisenunterstützungsempfänger nur das zuviel gezahlte zurückzuerstatten hat, im übrigen aber straflos ausgeht.[37] —

3. Äußerungspflichten stellen auch fast alle Steuer- und Zollgesetze auf (z. B. Pflicht zur Vermögensdeklarationen, Angabe zollpflichtiger Gegenstände beim Überschreiten der Grenze). Eine solche Verletzung dieser Pflichten wird schon in den Steuergesetzen selbst als Hinterziehung unter Strafe gestellt.[38] Der Tatbestand der Defraude ist derselbe wie der des Betrugs (Täuschungshandlung — Irrtumserregung bzw. -unterhaltung[39] — Vermögensverfügung der Steuerbehörde — Vermögensschädigung des Fiskus). Trotzdem ist unbestritten, daß Defraude und Betrug nicht miteinander in ideale Konkurrenz treten können, sondern vielmehr Defraude den Betrug

37. vgl. § 275 Arb. Verm. Ges., wrnach die Bestrafung aus den Vorschriften dieses Gesetzes die Bestrafung nach anderen strafrechtlichen Bestimmungen nicht ausschließt.
38. RAO von 1919, § 359.
39. Hier genügt allerdings auch das bloße Nichtwissen der Behörde (vgl. v. Liszt, Seite 683).

ausschließt (lex specialis derogat legi generali).[40] Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit, denn bei der Defraude handelt es sich um Zuwiderhandlungen gegen einseitige, vom Staat auferlegte, vermögensrechtliche Zwangsverhältnisse, die eine wesentlich mildere Strafe verdienen als das betrügerische Handeln auf Grund freiwillig eingegangener vertraglicher Beziehungen zu einem gleichstehenden Gegenkontrahenten. Findet sich allerdings im Steuerstrafrecht keine entsprechende Strafbestimmung, so kann eine Anwendung des Betrugsparagraphen in Frage kommen.[41] Selbstverständlich schließt Defraude den Betrug dann nicht aus, wenn der Täter nicht bloß einen steuerlichen, sondern einen darüber hinausgehenden Vermögensvorteil erlangen wollte.[42]

IV. Wenn wir die Regelung der gesetzlichen Aufklärungspflicht rückschauend betrachten, so läßt sich nicht verhehlen, daß der bestehende rechtliche Zustand kein befriedigender ist. Das Ergebnis der speziellen Rechtspflicht zur Aufklärung verlangt, daß für jeden einzelnen Fall eine Gesetzesstelle vorhanden sein muß, die eine Äußerungspflicht begründet. Damit ist aber die Bestrafung wegen negativen Betrugs im gewissen Sinne von der Willkür des zivilrechtlichen (überhaupt außerstrafrechtlichen) Gesetzgebers abhängig gemacht. Es ist klar, daß oft bei der Schaffung der einzelnen Gesetze an eventuelle strafrechtliche Folgen gar nicht gedacht wurde und daher kommt es, daß wir die Äußerungspflichten in den einzelnen Gesetzen ganz willkürlich verstreut finden und oft da, wo die gesetzliche Festlegung einer Äußerungspflicht notwendig gewesen wäre, eine solche fehlt. Daraus folgen dann auch unbefriedigende Ergebnisse der Rechtsprechung, wie z. B. die oben[43] angeführten Urteile des Reichsgerichts über Kreditbetrug, die zweifellos de lege lata richtig sind, aber dem Rechtsempfinden nicht genügen. Das Bestreben, eine allgemeine Formulierung der Äußerungspflicht (aus §§ 157, 242, 826 BGB.) zu finden,[44] ist aus diesem Grunde verständlich.

40. RG 62/45; JW 1929/2955—RG 60/237.
41. Allfeld, Seite 479; RG 51/256; 56/12.
42. vgl. JW 1927/1760.
43. Seite 84/85.
44. Seite 82 ff.

Allerdings mußten wir feststellen, daß die dahingehenden Versuche entweder unzweckmäßig oder mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sind. De lege ferenda wäre vielleicht die Schaffung von strafrechtlichen Sondertatbeständen für diejenigen Fälle, die nach dem geltenden Recht schwer zu erfassen sind (Kreditbetrug,[45] Zechprellerei usw.) zu empfehlen. In dieser Weise hat sich auch die Strafgesetzgebung verschiedener ausländischer Staaten geholfen.[46] [47]

§ 10.

Vertragliche Aufklärungspflichten.

Aufklärungspflichten können auch in Verträgen enthalten sein. Sie können entweder ausdrücklich erwähnt sein oder sich indirekt aus dem sonstigen Inhalt des Vertrags ergeben. In beiden Fällen ist ihre Verletzung vertrags- und damit rechtspflichtwidrig und die Begehung eines Betrugs auf diese Weise möglich.

Wenn eine Aufklärungspflicht ausdrücklich im Vertrage enthalten ist, so ist die Anwendung des Betrugstatbestandes nicht schwierig. Es genügt ja die bloße Feststellung, daß das Schweigen vertragswidrig war und dadurch ein Irrtum des Vertragsgegners erregt oder unterhalten worden ist. Dies zeigt folgendes Beispiel:[1]

Ein Kaufmann in einer Provinzstadt hat mit einem Makler der Produktenbörse vereinbart, daß letzterer ihm die täglichen oder wöchentlichen Preisnotierungen bestimmter Waren gegen Zahlung einer Vergütung telegraphisch mitteile. Der Makler hört nun, daß ein ihm befreundeter Importeur dem Kaufmann Waren zu einem

45 vgl. die Ausführungen Erichs in Goltdammers Archiv Bd. 72 S. 321 ff. und Goldschmidts in ZStW Bd. 48 S. 149 ff.

46. vgl. z. B. Art. 660 des ital. StrGB. (Vorentwurf von 1927).

47. das ALR. hatte in seinem § 539 (Teil I, Titel V) eine besondere Offenbarungspflicht bei Kreditgeschäften festgelegt: „Bei allen gewagten Geschäften sind beide Teile schuldig, einander alle zur Zeit des Vertrags ihnen bekannten Umstände, wovon der Erfolg der Begebenheit oder die Beschaffenheit des von ihnen zu erwartenden Vorteils ganz oder zum Teil abhängen kann, treulich anzuzeigen."

1. vgl. Nolting, Seite 72.

Preise anbieten will, der infolge gerade eingetretenen Preissturzes an der Börse die augenblickliche Notierung an der Börse erheblich übersteigt. Um nun seinen Freund den Vorteil aus einem Kaufabschluß zu dem höheren Preis zu verschaffen, unterläßt er die Absendung einer Nachricht. Der Kaufmann in der Provinzstadt, der infolgedessen nur die frühere Notierung kennt, hält das Angebot des Importeurs für günstig und schließt ab. — Hier hat der Makler einen Betrug durch Unterlassung begangen. Er hat die Tatsache des erfolgten Preissturzes unterdrückt, denn er war zu ihrer Mitteilung vertraglich verpflichtet. Der dadurch verursachte Irrtum hat eine Vermögensdisposition des Kaufmanns (den Kauf) veranlaßt und dieser ist in seinem Vermögen geschädigt worden (in Höhe der Differenz des Börsen- und tatsächlichen Kaufpreises). —

Ein anderes Beispiel:

Der Begeber von Wechseln hat der den Diskont bewilligenden Bank von vorneherein versprochen, nur Kunden (Waren-)Wechsel zu überbringen; er macht sich deshalb des Betrugs schuldig, wenn er ihr schließlich ein Gefälligkeitsakzept eines vermögenslosen Akzeptanten unter Verschweigung dieser Momente zum Verkaufe bringt.[2]

Ebenso können Aufklärungspflichten bestehen, ohne im Vertrag ausdrücklich erwähnt zu sein. Voraussetzung für die Anwendung dieser Aufklärungspflichten auf den Betrugstatbestand ist naturgemäß, daß sie eindeutig aus den Vertrag hervorgehen und hinreichend bestimmt sind. Die implicite aus dem Vertrag hervorgehende Aufklärungspflicht darf ferner nicht bloß eine Nebenverpflichtung, sondern muß ein wesentlicher Bestandteil des Vertrages sein. Diese Voraussetzungen treffen zu auf den von Frank[3] angeführten Fall:

Ein Kassierer ist vertragsmäßig verpflichtet, jeden Kassenfehlbetrag zu ersetzen. Daraus folgt ohne weiteres die entsprechende Verpflichtung des Geschäftsherrn, etwaige Entnahmen aus der Kasse von seiner Seite aus dem Kassierer anzuzeigen.

Vertragliche Aufklärungspflichten finden sich auch häufig in Versicherungsverträgen. Es ist in der Praxis häufig der Fall, daß die

2. siehe auch RG 25/13.
3. Seite 592.

Versicherung sich nicht mit den im VVG. angeführten Aufklärungspflichten begnügt, sondern darüber hinausgeht, den Versicherten umfassende Aufklärungspflichten auferlegt (z. B. für erlittene oder bestehende Krankheit).

Ebenso ergeben sich oft aus Beförderungsverträgen Aufklärungsvorschriften. Der Anschlag in der Straßenbahn z. B.: „Wer ohne Fahrschein ist, hat sich unaufgefordert dem Schaffner zwecks Lösung eines solchen zu melden", begründet für die Straßenbahnbenutzer eine Meldepflicht, deren Unterlassung — beim Vorliegen der sonstigen Betrugsmerkmale, insbesondere der Vermögensschädigung — Bestrafung wegen Betrugs nach sich ziehen kann.

§ 20.

Aufklärungspflichten aus vorangegangenem, schuldlosen, gefährdendem Handeln.

Beispiele für Aufklärungspflichten aus vorangegangenem, schuldlosen, gefährdendem Handeln finden sich in der Literatur und Praxis selten. Grund hiefür ist einerseits die Tatsache, daß meistens beim Betrug auch das der eigentlichen Täuschungshandlung vorausgehende Verhalten des Täters schon in betrügerischer Absicht erfolgt, also nicht mehr schuldlos ist. Andererseits wird auch zuweilen die aus vorausgegangenem Handeln entspringende Aufklärungspflicht nicht berücksichtigt und die Verurteilung auf andere rechtliche Gesichtspunkte gegründet.[1] —

Die vorausgegangene gefährdende Tätigkeit kann verschiedenster Art sein. Wenn z. B. ein Geigenbauer (ohne betrügerische Absicht) eine gutgelungene Nachahmung einer italienischen Meistergeige herstellt und diese nun zusammen mit anderen echten Instrumenten einem Kunden vorgelegt wird, der die Fälschung nicht erkennt, so hat der Verkäufer die Pflicht, den Käufer auf die Fälschung aufmerksam zu machen. Anderenfalls macht er sich des Betrugs durch Unterlassung schuldig, da er infolge vorausgegangener, fremde

1. vgl. z. B. RG 20/144; dazu Kugelmann, Seite 74.

Rechtsgüter gefährdender Tätigkeit (Nachahmung) verpflichtet war, den Käufer aufzuklären. Auf einen anderen Fall weist v. Cleric hin:[2]

Ein gewisser H. hatte von dritter Seite Vollmacht, mit einem Liegenschaftsverkäufer zwecks Ankaufs einer Liegenschaft in Verbindung zu treten. H., der vollkommen mittellos war, ersuchte nun den Verkäufer im Hinblick auf das in Aussicht stehende und für den Verkäufer günstige Geschäft bei dem Verkäufer während der Verhandlungen und Vorbereitungen unentgeltlich wohnen und essen zu dürfen. Der Verkäufer ging auf dieses Ersuchen ein. Eines Tages wurde nun dem H. die Vollmacht zum Abschluß entzogen. Derselbe war infolgedessen in der Angelegenheit nicht mehr tätig, verschwieg aber dem Verkäufer den Widerruf des Auftrages und fristete seinen Lebensunterhalt weiterhin auf dessen Kosten. H. wurde zu Recht wegen Betrugs verurteilt, da er verpflichtet gewesen wäre, den Entzug der Vollmacht dem Verkäufer mitzuteilen.

Fünfter Abschnitt.

§ 21.

Die Täuschungshandlung beim Betrug in den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

Die Täuschungshandlung beim Betrug hat in keinem der Entwürfe eine von der alten in wesentlichen Punkten abweichende Fassung erhalten.

Im Vorentwurf von 1909 lautet § 276:

„Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er jemand durch arglistige Täuschung zu einer Verfügung darüber bestimmt . . ."

Die Änderung gegenüber § 263 RStGB. besteht also in Bezug auf die Täuschungshandlung lediglich darin, daß die Worte „durch Vorspiegelung falscher, Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen" zu dem Ausdruck „arglistige Täuschung" zusammengezogen

2. Seite 144.

sind. Die Begründung des Vorentwurfes führt als Motiv dieser Änderung an,[1] daß die Teilung der Täuschungshandlung in Vorspiegeln, Entstellen und Unterdrückung zu unfruchtbaren Streitfragen und Unterscheidungen geführt haben. Das gleiche gelte vom Tatsachenbegriff. Dieser sei überflüssig; er sei zu dem Zwecke hereingekommen worden, um Werturteile, Reklame usw. nicht unter Täuschung im Sinne des § 263 RStGB. fallen zu lassen; dieser Zweck wäre aber schon durch die Beifügung des Wortes „arglistig" vor „Täuschung" erreicht, denn aus dem Begriffe der Arglist ergebe sich schon die Ausschließung allgemeiner Anpreisungen, Urteile u. dgl.

An dieser Begründung ist richtig, daß die Zusammenziehung der Worte Vorspiegeln, Entstellen, Unterdrücken in „Täuschung", den unfruchtbaren Streitigkeiten über das Verhältnis der Täuschungsmittel zu einander und ihre gegenseitige Abgrenzung ein Ende machen wird. Nicht überzeugend ist dagegen die im Vorentwurf vorgenommene Weglassung der „Tatsache". Wieso das durch die Beziehung der Täuschung auf Tatsachen gegebene Einschränkungsmoment durch die Beifügung des Wortes „arglistig" vor „Täuschung" ersetzt werden soll, ist nicht einzusehen. Eine Täuschung kann sehr wohl arglistig sein und trotzdem sich nicht auf Tatsachen beziehen.

Demzufolge haben auch der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 wie der Entwurf von 1919 die Beziehung der Täuschung auf Tatsachen wieder aufgenommen. So lautet § 366 des Kommissionsentwurfs:

> „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den kein rechtlicher Anspruch besteht, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er einem anderen durch arglistige Täuschung über Tatsachen . . . .".

Ebenso § 376 des Entwurfs von 1919. Die Begründung des Entwurfs von 1919[2] sagt in Bezug auf die Täuschungshandlung, daß durch die erfolgte Zusammenziehung der Täuschungsmittel sachlich an dem bisherigen Recht nichts geändert werden solle. Nach wie vor

1. Seite 761 ff.

sollen allgemeine Anpreisungen und Meinungsäußerungen, wie sie im Verkehr üblich sind und von niemanden aufs Wort geglaubt werden, nicht den Tatbestand des Betrugs erfüllen; deshalb sei auch der Begriff „Tatsache" beibehalten worden.

Der amtliche Entwurf von 1925 hat eine Änderung an der Fassung des Entwurfs von 1919 nur durch Weglassung des Wortes „arglistig" vor „Täuschung" vorgenommen. Diese Streichung erfolgte mit Recht, denn das Wort „arglistig" entbehrt, wie auch im § 123 BGB., fast jeder Bedeutung.

Der Entwurf von 1927 hat in seinem § 343 die Täuschungshandlung in der Fassung des Entwurfs von 1925 unverändert übernommen.

Das Problem der Betrugsbegehung durch Unterlassung besteht auch in der Neufassung der Entwürfe unverändert fort. Die Streitfrage, ob ein Betrug durch Unterlassung überhaupt begangen werden kann, dürfte zwar endgültig im bejahenden Sinn entschieden sein, denn der Begriff „Täuschung" gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß ein positives Handeln des Betrügers zum Zwecke der Irrtumserregung notwendig sei.[2] Die wichtigere Frage aber, wann ein Betrug durch Unterlassung begangen ist, d. h. wann das Schweigen rechtswidrig ist, bietet die gleichen Schwierigkeiten wie zuvor.

2. Seite 325.
3. vgl. Olshausen, Seite 1427.

Sechster Abschnitt.

Die Täuschungshandlung beim Betrug im ausländischen Strafrecht.[1]

§ 22.

Allgemeines.

Die meisten Strafgesetzbücher der außerdeutschen Staaten fassen den Betrug wie das deutsche Strafrecht als Vermögensdelikt auf.[2] Gemeinsam ist allen Fassungen des Betrugstatbestandes, daß durch Täuschung eine Vermögensschädigung erzielt wird. In der Formulierung der Täuschungshandlung lassen sich zwei große Gruppen unterscheiden, die auf verschiedenem Wege die Erfassung betrügerischer Handlungen zu erreichen suchen.

Die eine Gruppe ist bestrebt, die Täuschungshandlung in möglichst allgemeiner Form gesetzgeberisch festzuhalten (der sog. „generalisierende" Typus nach Hegler). Die andere Gruppe hingegen zählt bestimmte Täuschungshandlungen auf, deren Verwirklichung im Zusammenhang mit der Vermögensschädigung Bestrafung wegen Betrugs nach sich zieht (sog. spezialisierender, determinierender Typus).

Zu der ersteren Gruppe gehören neben Deutschland die deutschschweizerischen Kantone, Bulgarien, Norwegen, Ungarn, Italien, England; zu der zweiten Frankreich, Belgien, Portugal, Niederlande, die französisch-schweizerischen Kantone, Schweden, Dänemark.

Für die spezialisierende Formulierung der Täuschungshandlung war wohl maßgebend die Erwägung, daß eine zu allgemeine Fassung eine große Ausdehnung des Betrugstatbestandes begünstigen und

1. vgl. Hegler in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. VII Seite 448 ff.; sowie die Strafgesetzgebung der Gegenwart, herausgegeben von Liszt 1894.
2. anders nur das veraltete Strafgesetzbuch Österreichs und einige Schweizer Kantone.

damit im Wirtschaftsleben, vor allem im kaufmännischen Verkehr Unsicherheit und lästige Beschränkungen hervorrufen würde.[3] Aus diesem Grunde haben auch die meisten Strafgesetzbücher, die eine allgemein gehaltene Formulierung enthalten, irgendwelche einschränkende Zusätze angebracht, z. B. durch Beziehung der Täuschung auf Tatsachen.[4]

§ 23.

Die Täuschungshandlung im Strafrecht der einzelnen Länder.

I. Frankreich.

Das französische Recht behandelt den Betrug (escroquerie) im Kapitel „crimes et délits contre la propriété" in der Abteilung „Banqueroute, escroqueries et autres espèces de fraude." Maßgebend ist der Artikel 405 Code pénal. Er verlangt den „Gebrauch eines falschen Namens, einer falschen Stellung oder die Anwendung betrügerischer Machenschaften (manoeuvres frauduleuses) um[1] den Anschein des Bestehens nicht vorhandener Unternehmungen, eines Einflusses oder eines nicht vorhandenen Kredits hervorzurufen; oder um die Hoffnung oder Befürchtung eines Erfolgs, eines schlimmen Zufalls oder eines sonstigen eingebildeten Vorkommnisses zu erwecken."

Die französische Fassung der Täuschungshandlung ist das ausgeprägteste Beispiel für die spezialisierende Form der Täuschungshandlung. Die Täuschungsmittel (falscher Name, falsche Stellung usw.) müssen bestimmten, vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Zwecken dienen (pour persuader l'existence de fausses entreprises . . . usw).

3. Auch ist die Tatsache nicht abzuleugnen, daß eine Reihe von ohne Zweifel strafwürdigen Handlungen durch eine allgemeine Formulierung sehr schwer erfaßt werden können (z. B. Kreditbetrug, Zechprellerei, blinder Passagier).
4. Außer Deutschland: Finnland, eine Anzahl deutsch-schweizerischer Kantone, Italien.

1. „pour persuader l' existence de fausses entreprises, d' un pouvoir ou d' un crédit imaginaire, ou pour faire naître l' esperance ou la crainte d' un succès, d' un accident ou de tout autre événement chimérique."

Die Unterdrückung von Tatsachen, insbesondere Betrug durch Schweigen ist im frz. Recht nicht strafbar; der Begriff „manoeuvres frauduleuses" wird von der frz. Praxis so ausgelegt, daß „des faits extérieurs" „des actes matériels" „une mise en scène" zur Verwirklichung dieses Begriffes gefordert werden.[2]

Das frz. Recht hat außer dem Art. 405, dessen enge Fassung allein nicht zur Erfassung aller Betrugshandlungen genügen würde, noch eine Reihe von Sonderfällen des Betrugs normiert so z. B. Warenbetrug[3] (Täuschung über Qualität, Ursprung von Waren), Zechprellerei,[4] Bettelbetrug,[5] Billetbetrug[6] u. a.

Die frz. Fassung hat für eine Reihe von Staaten als Vorbild gedient. Zu ihnen gehört vor allem:

II. Belgien.

Der Betrug ist im belgischen Strafrecht behandelt im Art. 496 des Code penal belge. Die Fassung ist im wesentlichen dieselbe wie die des Art. 405 Code penal francais. Jedoch wurde, da die frz. Fassung sich als zu eng erwies, ein erweiternder Zusatz angefügt. Dieser lautet: „ou pour abuser autrement de la confiance ou de la crédulité." Der Zweck der Täuschungshandlung ist also hier nicht wie im frz. Recht aufzählend begrenzt, sondern durch den allgemein gehaltenen Zusatz „sonstiger Mißbrauch des Vertrauens" stark erweitert.

Im übrigen hat auch das belgische Recht eine Reihe von Sonderfällen des Betrugs normiert. Es forderte eben auch hier die spezialisierende Form der Täuschungshandlung die Ergänzung durch Spezialgesetze.

Die Frage, ob Betrug durch Schweigen begangen werden kann, ist ebenso zu entscheiden wie im frz. Recht.

Mit der belgischen Fassung stimmen wörtlich überein Luxemburg (Art. 496) und Ecuador (Art. 463).

2. vgl. Hegler, Seite 449.
3. Gesetz v. 1. VIII. 1905.
4. Gesetz v. 26. VII. 1873.
5. Art. 276 Code penal.
6. Art. 58 des Dekretes v. 1. III. 1901.

III. Spanien.

Das spanische Strafgesetzbuch enthält in Art. 554 eine Strafbestimmung gegen den Betrug, die so allgemein gehalten ist, daß von einer näheren Zergliederung des Betrugs in seine tatbeständlichen Elemente gänzlich abgesehen wird. Sie lautet einfach: „Wer einen anderen betrügt oder benachteiligt durch Anwendung irgendeines Trugs (usando de cualquier engano) . . . . wird bestraft. . ." Art. 554 ist allerdings nur eine Hilfsbestimmung subsidiärer Natur. Er kommt nur zur Anwendung, falls nicht spezialisierte Tatbestände des Betrugs, die auch das spanische Recht kennt,[8] oder die Bestimmung des Art. 548 Ziff 1 eingreifen. Art. 548 I (der wiederum gegenüber den erwähnten spezialisierten Tatbeständen des Betrugs nur subsidiär gilt) lautet:

> „Wer einen andern betrügt durch Gebrauch eines falschen Namens oder Sichbeilegen von Macht, Einfluß oder Eigenschaften erdichteter Art oder durch Vorspiegeln von Vermögen, Kredit, Auftrag, Unternehmen oder Geschäften imaginärer Natur oder irgendwelchen anderen Trugs sich bedienend . . . . wird bestraft."

Die Täuschungshandlung ist also hier spezialisiert, aber mit einer allgemeinen Hilfsklausel („irgendwelcher anderer Trug") ausgedrückt (ähnlich wie im belg. Recht).

Die Frage ob Betrug durch Unterlassung begangen werden kann, ist für das spanische Recht wohl eindeutig mit ja zu beantworten; denn auf alle Fälle greift hier der Art. 554 mit seiner allgemeinen Formulierung ein.

IV. Niederlande und Portugal.

Art. 326 des niederländischen Strafgesetzbuchs stellt eine fast wörtliche Nachbildung des Art. 405 Code pénal dar. Ebenso Art. 451 des port. Strafgesetzbuchs.

V. Schweiz.

Die Schweiz hat kein für das ganze Land geltendes Strafgesetzbuch; jeder der Kantone hat sein eigenes Gesetz.[9] Bezüglich

7. vgl. Haus, principes généraux du droit pénal belge; S. 287.
8. Warenbetrug Art. 547; Abschluß eines Scheinvertrags Art. 551.

der Fassung des Betrugstatbestands lassen sich zwei Gruppen unterscheiden. Die deutsch-schweizerischen Kantone lehnen sich an die deutsche Formulierung, die frz.—schweizerischen an diejenige des Code pénal an.

Letztere[10] dehnen die Täuschungshandlung des Code pénal etwas aus, indem sie Zusätze allgemeiner Art. beifügen z. B. „toute autre manoeuvre frauduleuse", „ou pour abuser autrement de la confiance ou de la crédulité" „ou autres moyens analogues."

Die deutsch-schweizerischen Kantone zeigen durchwegs, wenn auch mit einzelnen Abweichungen, eine dem deutschen § 263 ähnliche Fassung.[11]

Die Beziehung der Täuschung auf Tatsachen fehlt teilweise.[12] Das Verschweigen (Vorenthalten) wird in manchen Strafgesetzbüchern ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal hervorgehoben,[13] wodurch die im deutschen Recht so umstrittene Frage des Betrugs durch Schweigen ohne weiteres geklärt ist.[14]

Eine eigenartige Verbindung deutsch- und französischrechtlicher Elemente findet sich in den Strafgesetzbüchern von Freiburg und Bern. Freiburg stellt zunächst in Art. 228 die französische spezialisierte Form des Betrugs auf und bringt dann in Art. 259 eine generalisierende Fassung, die eine fast wörtliche Übersetzung des § 450 des badischen Strafgesetzbuches darstellt. Das Berner Gesetz bringt sogar die französische und deutsche Fassung in einem Paragraphen miteinander verbunden (§ 231): „Wer durch Gebrauch falscher Namen usw. (franz. Fassung) . . . . oder überhaupt durch Vorspiegelung falscher oder Verschweigung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt. . . . —".

Der Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von 1918 ähnelt in seiner Fassung des Betrugstatbestandes dem § 263

9. Ein einheitliches Strafgesetzbuch befindet sich in Vorbereitung.
10. Wallis Art. 316; Waadt Art. 282; Tessin Art. 389; Genf Art. 364; Neuchatel Art. 389.
11. Zürich, § 191/I; Basel-Stadt, § 150; Basel-Land, § 150; Zug, § 125; Solothurn, § 156; St. Gallen, Art. 68.
12. z. B. Luzern, § 221; Aargau, § 160.
13. Bern, § 231; Luzern, § 221; Schwyz, § 82; Clarus, § 139; Freiburg, Art. 259.
14. Freilich besteht auch hier das Hauptproblem der Rechtswidrigkeit des Schweigens.

des deutschen Strafgesetzbuches. „Wer . . . . jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder den Irrtum eines anderen arglistig benutzt . . . (§ 129). Abweichend vom deutschen Recht ist die Strafbarkeit der arglistigen Benutzung eines Irrtums. Damit ist wohl auch die Frage der Strafbarkeit des negativen Betrugs in bejahendem Sinne entschieden. Denn es erübrigt sich hier die Entscheidung der Frage, ob und wann ein Verschweigen die Erregung eines Irrtums hervorzurufen geeignet ist, da das Verschweigen auf jeden Fall die arglistige Benutzung des Irrtums eines anderen darstellt.

VI. Schweden.

Das schwedische Strafgesetzbuch behandelt den Betrug im Kap. 22 § 1. Die Formulierung der Täuschungshandlung ist wiederum die spezialisierende des franz. Rechts mit allgemeinem Zusatz („oder durch anderes betrügerisches Verhalten").

VII. Italien.

Italien gehört zu denjenigen Staaten, bei denen die Fassung des Betrugsparagraphen dem deutschen Recht entspricht. Die Täuschungshandlung ist hier nicht in spezialisierender Form ausgedrückt, sondern allgemein gefaßt. Die maßgebende Stelle im Art. 413 des ital. Strafgesetzbuches von 1889 lautet: „Wer mit listigen Kunstgriffen oder Ränken, welche geeignet sind, den guten Glauben eines anderen zu täuschen oder zu überrumpeln . . . .". Ein Betrug durch Schweigen erscheint im ital. Recht nicht möglich, da ja das Erfordernis eines aktiven, täuschenden Verhaltens im Gesetz ausgedrückt ist („Kunstgriffe oder Ränke").

Anders die Fassung des Vorentwurfes zu einem neuen ital. StrGB. von 1927 (Art. 659):

„Wer mit List und Tücke durch Erregung eines Irrtums . . . sich . . . einen Vorteil verschafft."

Durch diese Änderung der Fassung der Täuschungshandlung erstreckt sich das Anwendungsgebiet des Betrugsparagraphen auch

auf die Fälle, wo der Täter eine positive Täuschungshandlung nicht begeht.

VIII. Norwegen.

§ 270 des norw. Strafgesetzbuches erwähnt die Täuschungshandlung überhaupt nicht, sondern beginnt gleich mit dem Täuschungseffekt: „Wer . . . dadurch daß er einen Irrtum hervorruft oder verstärkt . . .". Die Weglassung der Täuschungshandlung wird in den Motiven damit begründet, daß das Gesetz durch deren Aufzählung nicht eine Begrenzung habe aufstellen wollen und die Aufzählung außerdem den Satzbau unübersichtlich und schwer verständlich mache. Die Frage nach der Begehung des Betrugs durch Schweigen ist aus dem Gesetz nicht zu lösen, nach den Motiven ist sie zu bejahen.[15]

IX. Ungarn und Bulgarien.

Auch Ungarn hat eine allgemeine Formulierung der Täuschungshandlung. § 379 lautet: „Wer in der Absicht sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zuzuwenden, jemanden durch arglistige Vorspiegelungen in Irrtum führt oder in seinem Irrtum bestärkt und ihn dadurch in seinem Vermögen schädigt, begeht einen Betrug". Die Täuschungshandlung ist also lediglich durch die Worte „arglistige Vorspiegelungen" ausgedrückt; es fehlt jede Einschränkung, nicht einmal die Beziehung auf Tatsachen ist gefordert.

Bulgarien hat im Art. 344 seines Strafgesetzbuchs eine ebenso allgemeine Fassung der Täuschungshandlung: „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, in lügnerischer oder trügerischer Weise bei einem anderen einen Irrtum erregt oder unterhält und dadurch ihm einen Vermögensnachteil zufügt . . .".

X. Rußland.

Das russische Strafgesetzbuch von 1922 behandelt den Betrug im Kapitel VI (§§ 187, 188). § 187 lautet:

15. vgl. Hegler, Seite 486, Anm. III.

„Die Schurkerei (Betrug), d. h. die Erlangung einer Sache oder eines Rechts auf eine Sache in gewinnsüchtiger Absicht durch Mißbrauch des Vertrauens oder durch Betrug wird bestraft.

Als Betrug gilt sowohl die Mitteilung falscher Angaben, wie auch die bewußte Verheimlichung von Tatsachen, deren Mitteilung obligatorisch gewesen wäre".

Bemerkenswert an dieser Fassung ist der Versuch einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung des negativen Betrugs (Abs. II.)

XI. Österreich.

Das österr. Strafgesetzbuch vertritt in der Auffassung des Betrugs veraltete Anschauungen. Es faßt den Betrug nicht als reines Vermögensdelikt auf, sondern faßt unter Betrug die verschiedensten Deliktsarten wie Fälschungsdelikte, Eidesdelikte, Fundunterschlagung usw. zusammen. Die allgemeine Betrugsnorm (§ 197) drückt die Täuschungshandlung durch die Worte „listige Vorstellungen oder Handlungen" aus. Betrug durch Unterlassung ist im österr. Recht nicht denkbar.[16]

Die Entwürfe zu einem neuen österr. Strafgesetzbuchs bringen eine dem § 263 RStGB. angeglichene Fassung.

16. vgl. Hegler, Seite 493 Anm. 2, 3.